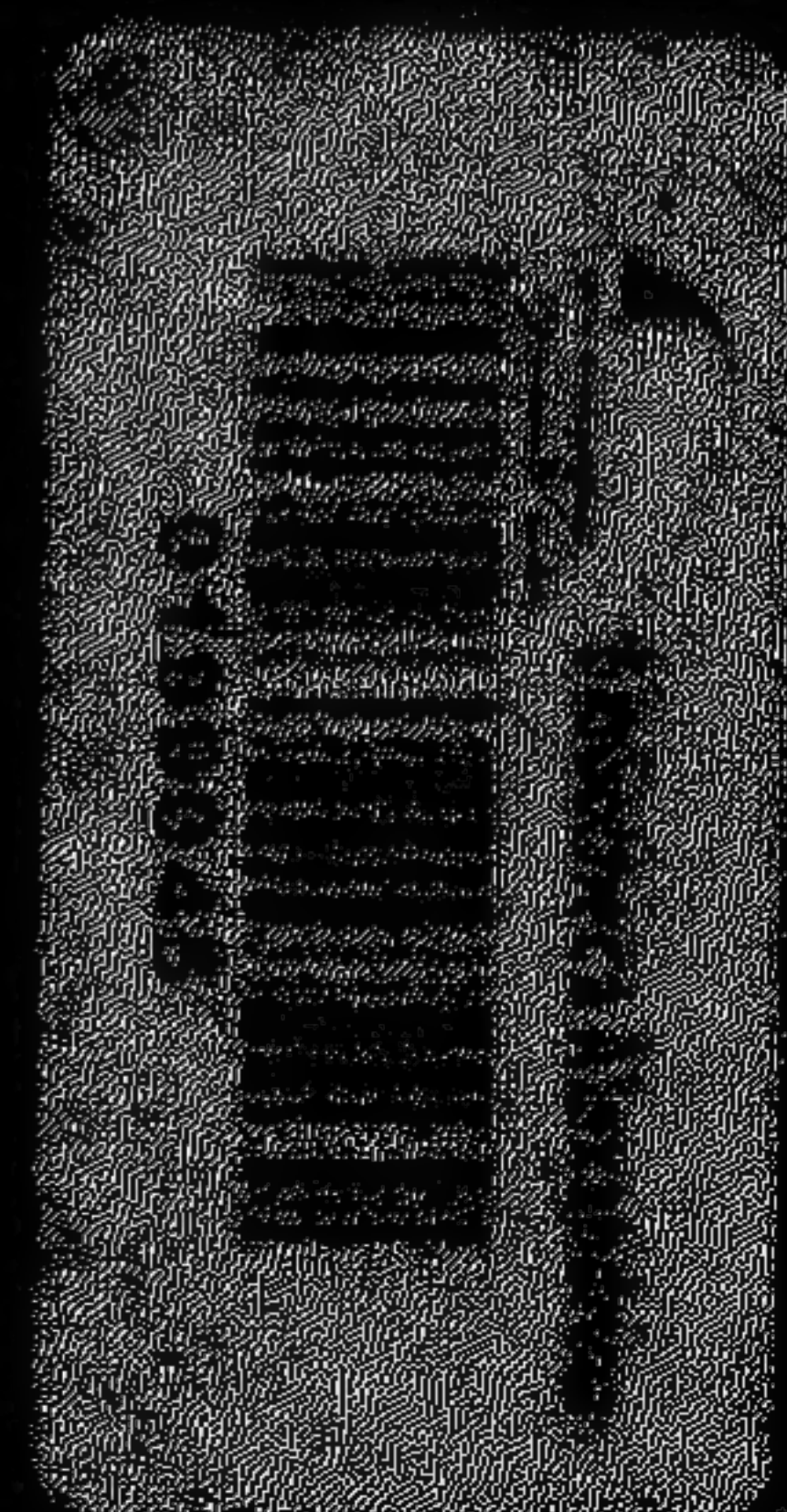


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين

A black and white photograph of a large, multi-story building with a prominent central tower and many windows, likely a government or institutional building. The building is viewed from a low angle, emphasizing its height. The image is somewhat grainy and has a high-contrast, almost stencil-like quality.



الجزء السابع من

كتاب
بلاغ الصالحين
في
تنبيه الشرائع المستهترة

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجرية

الطبعة الثانية

١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م

الطبعة الأولى

١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م

الناشر

دار الكتاب العربي

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب آداب القاضي

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان فرضية نصب القاضي وفي بيان من يصلح للقضاء وفي بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء وفي بيان شرائط جواز القضاء وفي بيان آداب القضاء وفي بيان ما ينه عن القضاء وما ينقض منها إذا رفع إلى قاض آخر وفي بيان ما يحل للقاضي وما لا يحل له وفي بيان حكم خطأ القاضي في القضاء وفي بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء (أما) الأول فنصب القاضي فرض لأنه ينصب لأقامة أمر مروض وهو القضاء قال الله سبحانه وتعالى يا داود أنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال تبارك وتعالى لنبينا المكرم عليه أفضل الصلاة والسلام فاحكم بينهم بما أنزل الله والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل فكان نصب القاضي لأقامة الفرض فكان فرضاً ضرورة ولأن نصب الإمام الأعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق ولا عبرة بخلاف بعض القدرية لاجتماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ولمساس الحاجة إليه لتقيد الأحكام وانصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد وغير ذلك من المصالح التي لا تقوم إلا بالإمام لما علم في أصول الكلام ومعلوم أنه لا يمكنه القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج إلى نائب يقوم مقامه في ذلك وهو القاضي ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث إلى الآفاق قضاة فبعث سيدنا معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن وبعث عتاب بن أسيد إلى مكة فكان نصب القاضي من ضرورات نصب الإمام فكان فرضاً وقد سماه محمد فرضة محكمة لأنه لا يحتمل النسخ لكونه من الأحكام التي عرف وجوبها بالعقل والحكم العقلي لا يحتمل الانتساخ والله تعالى أعلم

فصل: وأما بيان من يصلح للقضاء فنقول الصلاحية للقضاء لها شرائط (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الاسلام (ومنها) الحرية (ومنها) البصر (ومنها) النطق (ومنها) السلامة عن حد الفذف لما قلنا في الشهادة فلا يجوز تقليد المجنون والصبي والكافر والعبد والاعمى والاخرس والمحدود في القذف لان القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات وهو لا يليست لهم أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة فلان لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد في الجملة لان المرأة من أهل الشهادات في الجملة الا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص لانه لا شهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة (وأما) العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام فهل هو شرط جواز التقليد عندنا ليس بشرط الجواز بل شرط التدب والاستحباب وعند أصحاب الحديث كونه عالماً بالحلال والحرام وسائر الاحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد في ذلك شرط جواز التقليد كما قالوا في الامام الاعظم وعندنا هذا ليس بشرط الجواز في الامام الاعظم لانه يمكنه أن يقضى بعلم غيره بالرجوع الى فتوى غيره من العلماء فكذا في القاضي لكن مع هذا لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالاحكام لان الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح بل يقضى بالباطل من حيث لا يشعر به وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال القضاء ثلاثة قاض في الجنة وقاضيان في النار رجل علم عالماً فقضى بما علم فهو في الجنة ورجل علم عالماً فقضى بغير ما علم فهو في النار ورجل جهل فقضى بالجهل فهو في النار الا أنه لو قد جاز عندنا لانه يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء فكان تقليده جائزاً في نفسه فاسد المعنى في غيره والفاسد المعنى في غيره يصلح للحكم عندنا مثل الجائر حتى ينفذ قضاياه التي لم يجاوز فيها حد الشرع وهو كالبيع الفاسد انه مثل الجائر عندنا في حق الحكم كذا هذا وكذا العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع وعند الشافعي رحمه الله شرط الجواز فلا يصلح الفاسق قاضياً عنده بناء على أن الفاسق ليس من أهل الشهادة عنده فلا يكون من أهل القضاء وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء لكن لا ينبغي أن يقلد الفاسق لان القضاء أمانة عظيمة وهي أمانة الاموال والا بضاع والنفوس فلا يقوم بوقاها الا من كل ورعه وتم تقواه الا أنه مع هذا لو قد جاز التقليد في نفسه وصار قاضياً لان الفساد المعنى في غيره فلا يمنع جواز تقليد القضاء في نفسه لما مر (وأما) ترك الطلب فليس شرط لجواز التقليد بالاجماع فيجوز تقليد الطالب بلا خلاف لانه يقدر على القضاء بالحق لكن لا ينبغي أن يقلد لان الطالب يكون متهما وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال انا لا نولي امرئنا هذا من كان له طالباً وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وهذا إشارة الى أن الطالب لا يوفق لاصابة الحق والمجبر عليه يوفق وأما شرائط الفضيلة والكمال فهو أن يكون القاضي عالماً بالحلال والحرام وسائر الاحكام قد بلغ في علمه ذلك حد الاجتهاد عالماً بمعاشره الناس ومعاملتهم عدلاً ورعاً عفيفاً عن التهمة صائناً للنفس عن الطمع لان القضاء هو الحكم بين الناس بالحق فاذا كان المقلد بهذه الصفات فالظاهر انه لا يقضى الا بالحق ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم لان التحكيم مشروع قال الله تعالى عز شأنه فابعثوا حكاماً من أهلهم أهلها فكان الحكم من الحكيم بمنزلة حكم القاضي المقلد الا انهما يفتقان في أشياء مخصوصة (منها) أن الحكم في الحدود والقصاص لا يصح (ومنها) أنه ليس بلازم ما يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه واذا حكم صار لازماً (ومنها) أنه اذا حكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه الى القاضي ورأيه يخالف رأى الحاكم المحكم له أن يفسخ حكمه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى

فصل: وأما بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء فنقول اذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلد ينظر ان كان في البلد عدد يصلحون للقضاء لا يفترض عليه القبول بل هو في سعة من القبول والترك (أما) جواز القبول فلان الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين قضوا بين الامم بانفسهم وقد واغبرهم وأمروا بذلك فقد بعث

رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ رضى الله عنه الى اليمن قاضيا وبعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة قاضيا
وقد النبي عليه الصلاة والسلام كثيرا من أصحابه رضى الله تعالى عنهم الاعمال وبعثهم اليها وكذا الخلفاء الراشدون
قضوا بأنفسهم وقد واغبرهم فقد سيدنا عمر رضى الله عنه شرى بالقضاء وقرره سيدنا عثمان وسيدنا علي رضى الله
عنهما (وأما) جواز الترك فلما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يذري ذر رضى الله عنه أياك والامارة
وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تتأمرن على اثنين وروى أن أبا حنيفة رضى الله عنه عرض عليه القضاء
فأبى حتى ضرب على ذلك ولم يقبل وكذا لم يقبله كثير من صالحى الامة وهذا معنى ما ذكر فى الكتاب دخل فيه قوم
صالحون وترك الدخول فيه قوم صالحون ثم اذا جاز الترك والقبول فى هذا الوجه اختلفوا فى أن القبول أفضل أم الترك
قال بعضهم الترك أفضل وقال بعضهم القبول أفضل احتج الفريق الاول بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام
انه قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين وهذا يجرى مجرى الزجر عن تقلد القضاء احتج الفريق الاخر
بصنع الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين وصنع الخلفاء الراشدين لان لنا فيهم قدوة ولان القضاء بالحق
اذا أراد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة بل هو من أفضل العبادات قال النبي المكرم عليه أفضل
التحية عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والحديث محمول على القاضى الجاهل أو العالم الفاسق أو الطالب الذى
لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف أن يميل اليها توفيقا بين الدلائل هذا اذا كان فى البلد عددي يصلحون للقضاء فأما
اذا كان لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض عليه لانه اذا لم يصلح له غيره تعين هو لا قامه هذه
العبادة فصار فرض عين عليه الا أنه لا بد من التقليد فاذا قد افترض عليه القبول على وجه لو امتنع من القبول يأتى كفاي
سائر فروض الا عيان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط القضاء فانواع بعضها يرجع الى القاضى وبعضها يرجع الى نفس القضاء وبعضها يرجع
الى المقضى له وبعضها يرجع الى المقضى عليه (أما) الذى يرجع الى القاضى فما ذكرنا من شرائط جواز تقليد القضاء
لان من لا يصلح قاضيا لا يجوز قضاءه ضرورة (وأما) الذى يرجع الى نفس القضاء فانواع منها أن يكون بحق وهو
الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة اما قطعا بان قام عليه دليل قطعى وهو النص المفسر من الكتاب الكريم أو
الخبر المشهور والمتواتر والاجماع واما ظاهرا بان قام عليه دليل ظاهر يوجب علم غالب الرأى وأكثر الظن من ظواهر
الكتاب الكريم والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعى وذلك فى المسائل الاجتهادية التى اختلف فيها
الفقهاء رحمهم الله والتى لا راية فى جوابها عن السلف بان لم تكن واقعة حتى لو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم
يجز لانه قضاء بالباطل قطعاً وكذا الوقضى فى موضع الخلاف بما كان خارجا عن أقاويل الفقهاء كلهم لم يجز لان الحق لا
يعد وأقاويلهم بالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاء باطلا قطعاً وكذا الوقضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر
يخالفه من الكتاب الكريم والسنة لم يجز قضاءه لان القياس فى مقابلة النص باطل سواء كان النص قطعياً أو ظاهراً أو أما
فيما لا نص فيه يخالفه ولا اجماع النقول لا يخلو (أما) ان كان القاضى من اهل الاجتهاد (وأما) ان لم يكن من اهل الاجتهاد
فان كان من اهل الاجتهاد وأفضى رأيه الى شئ يجب عليه العمل به وان خالف رأى غيره ممن هو من اهل الاجتهاد
والرأى ولا يجوز له أن يتبع رأى غيره لان ما أدى اليه اجتهاده هو الحق عند الله عز وجل ظاهر افكان غيره باطلا
ظاهر الان الحق فى المجتهدين واحد والمجتهد يخطئ ويصيب عند اهل السنة والجماعة فى العقليات والشرعيات جميعاً
ولو أفضى رأيه الى شئ وهناك مجتهد آخر افاقه منه له رأى آخر فأراد أن يعمل برأيه من غير النظر فيه وترجح رأيه بكونه
افقه منه هل يسعه ذلك ذكر فى كتاب الحدود أن عند أبي حنيفة يسعه ذلك وعندهما لا يسعه الا أن يعمل برأى نفسه
وذكر فى بعض الروايات هذا الاختلاف على العكس فقال على قول أبي حنيفة لا يسعه وعلى قولهما يسعه وهذا يرجع
لى أن كون أحد المجتهدين أفقه من غير النظر فى رأيه هل يصلح مرجحاً من قال يصلح مرجحاً قال يسعه ومن قال

لا يصلح قال يسعه (وجه) قول من لا يرى الترجيح بكونه أفضه أن الترجيح يكون بالدليل وكونه أفضه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح وهذا لا يصلح دليل الحكم بنفسه (وجه) قول من يرى به الترجيح أن هذا من جنس الدليل لأن كونه أفضه يدل على أن اجتهاده اقرار الى الصواب فكان من جنس الدليل فيصلح للترجيح ان لم يصلح دليل الحكم بنفسه وأبدا يكون الترجيح بما لا يصلح دليل الحكم بنفسه ولهذا قيل في حده زيادة لا يسقط بها التعارض حقيقة لما علم في أصول الفقه. ولهذا أوجب أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقليد الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم ورجحه على الفياس لما أن قوله أقرب الى اصابة الحق من قول القائل كذا هذا وان أشكل عليه حكم الحادثة استعمل رأيه في ذلك وعمل به والا فضل أن يشاور أهل الفقه في ذلك فان اختلفوا في حكم الحادثة نظر في ذلك فأخذ بما يؤدى الى الحق ظاهرا وان اتفقوا على رأى يخالف رأيه عمل برأى نفسه أيضا لأن المجتهد مأمور بالعمل بما يؤدى اليه اجتهاده فحرم عليه تقليد غيره لكن لا ينبغي أن يعجل بالقضاء ما لم يقض حق التأمل والاجتهاد وينكشف له وجه الحق فاذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدى اليه اجتهاده ولا يكون خائفا في اجتهاده بعدما بذل مجهوده لاصابة الحق فلا يقول انى أرى وانى أخاف لأن الخوف والشك والظن يمنع من اصابة الحق ويمنع من الاجتهاد فينبغى أن يكون جريئا جسورا على الاجتهاد بعد ان لم يقصر في طلب الحق حتى لو قضى مجازا لم يصح قضاؤه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى وان كان من أهل الاجتهاد الا انه اذا كان لا يدري حاله يحمل على أنه قضى برأيه ويحكم بالصحة حملا لا مر المسلم على الصحة والسداد ما أمكن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان القاضى من أهل الاجتهاد فاما اذا لم يكن من أهل الاجتهاد فان عرف أقاويل أصحابنا وحفظها على الاختلاف والاتفاق عمل بقول من يعتقد قوله حقا على التقليد وان لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا وان لم يكن في البلد الا فقيه واحد من أصحابنا من قال يسعه أن يأخذ بقوله ونرجو أن لا يكون عليه شئ لأنه اذا لم يكن من أهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من أهل الفقه مست الضرورة الى الاخذ بقوله قال الله تبارك وتعالى فاسألوا أهل الذكرا ان كنتم لا تعلمون ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم ذلك لا ينفذ قضاؤه لانه قضى بما هو باطل عنده في اعتقاده فلا ينفذ كما لو كان مجتهدا فترك رأى نفسه وقضى برأى مجتهد يرى رأيه باطلا فانه لا ينفذ قضاؤه لانه قضى بما هو باطل في اجتهاده كذا هذا ولونسى القاضى مذهبه فقضى بشئ على ظن أنه مذهب نفسه ثم تبين أنه مذهب خصمه ذكر في شرح الطحاوى أن له أن يبطله ولم يذكر الخلاف لانه اذا لم يكن مجتهدا تبين أنه قضى بما لا يعتقده حقا فتبين انه وقع باطلا كما لو قضى وهو يعلم أن ذلك مذهب خصمه وذكر في أدب القاضى انه يصح قضاؤه عند أبي حنيفة وعندهما لا يصح لهما أن القاضى مقصر لانه يمكنه حفظ مذهب نفسه واذا لم يحفظ فقد قصر والمقصر غير معذور ولا بى حنيفة ان النسيان غالب خصوصا عند تراحم الحوادث فكان معذورا هذا اذا لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد فاما اذا كان من أهل الاجتهاد فينبغى أن يصح قضاؤه في الحكم بالاجماع ولا يكون لقاض آخر ان يبطله لانه لا يصدق على النسيان بل يحمل على انه اجتهد فادى اجتهاده الى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح وان قضى في حادثة وهي محل الاجتهاد برأيه ثم رفعت اليه ثانيا فتحول رأيه يعمل بالرأى الثانى ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأى الاول لان القضاء بالرأى الاول قضاء مجمع على جوازه لا اتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضى أن يقضى في محل الاجتهاد وبما يؤدى اليه اجتهاده فكان هذا قضاء متفقا على صحته ولا اتفاق على صحة هذا الرأى الثانى فلا يجوز نقض المجمع عليه بالمختلف ولهذا لا يجوز لقاضى آخر ان يبطل هذا القضاء كذا هذا وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة ثم قضى فيها بخلاف تلك القضية فسئل فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى ولورفعت اليه ثالثا فتحول رأيه الى الاول يعمل به ولا يبطل قضاؤه بالرأى الثانى بالعمل بالرأى الاول كما لا يبطل قضاؤه الاول بالعمل بالرأى الثانى لما قلنا ولو أن فقيها قال لا مرأته أنت طالق البتة ومن رأيه انه بائن فامضى رأيه فيما بينه وبين امرأته وعزم على

انها قد حرمت عليه ثم تحول رأيه الى انها تطليقة واحدة يملك الرجعة فانه يعمل برأيه الاول في حق هذه المرأة وتحرم
 عليه وانما يعمل برأيه الثاني في المستقبل في حقها وفي حق غيرها لان الاول رأى امضاء بالاجتهاد وما مضى بالاجتهاد
 لا ينقض باجتهاد مثله وكذلك لو كان رأيه انها واحدة يملك الرجعة فعزم على انها منكوحة ثم تحول رأيه الى انه بائن فانه
 يعمل برأيه الاول ولا تحرم عليه لما قلنا ولو لم يكن عزم على الحرمة في الفصل الاول حتى تحول رأيه الى الحل لا تحرم
 عليه وكذلك في الفصل الثاني لو لم يكن عزم على الحل حتى تحول رأيه الى الحرمة تحرم عليه لان نفس الاجتهاد محل
 النقض ما لم يتصل به الامضاء واتصال الامضاء بمنزلة اتصال القضاء واتصال القضاء يمنع من النقض فكذا اتصال
 الامضاء وكذلك الرجل اذا لم يكن فقيها فاستفتى فقيها فافتاه بحلال أو حرام ولو لم يكن عزم على ذلك حتى افتاه فقيسه
 آخر بخلافه فأخذ بقوله وأمضاه في منكوحته لم يجز له ان يترك ما أمضاه فيه ويرجع الى ما افتاه به الاول لان العمل
 بما مضى واجب لا يجوز نقضه مجتهدا كان أو مقلدا لأن المقلد متعبد بالتقليد كما ان المجتهد متعبد بالاجتهاد ثم لم يجز
 للمجتهد نقض ما أمضاه فكذا لا يجوز ذلك للمقلد ثم ما ذكرنا من نفاذ قضاء القاضي في محل الاجتهاد بما يؤدي اليه
 اجتهاده اذا لم يكن المقضى عليه والمقضى له من أهل الرأي والاجتهاد وكنا من أهل الرأي والاجتهاد ولكن لم يخالف
 رأيهما رأى القاضي فاما اذا كانا من أهل الاجتهاد سواء كان المقضى عليه عامياً مقلداً أو فقيهاً مجتهداً يخالف رأيه رأى القاضي
 ينفذ على المقضى عليه في محل الاجتهاد سواء كان المقضى عليه عامياً مقلداً أو فقيهاً مجتهداً يخالف رأيه رأى القاضي
 بخلاف اما اذا كان مقلداً فظاهر لان العامى يلزمه تقليد المفتي فتقليد القاضي أولى وكذا اذا كان مجتهداً لان القضاء
 في محل الاجتهاد بما يؤدي اليه اجتهاد القاضي قضاء مجمع على صحته على مامر ولا معنى للصحة الا النفاذ على المقضى
 عليه وصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه واحدة يملك الرجعة ورأى القاضي انه
 بائن فرافعته المرأة الى القاضي فقضى بالبينونة ينفذ قضاءؤه بالاتفاق لما قلنا واما قضاءؤه للمقضى له بما يخالف رأيه هل ينفذ
 قال أبو يوسف لا ينفذ وقال محمد ينفذ وصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه بائن
 ورأى القاضي انه واحدة يملك الرجعة فرافعته الى القاضي فقضى بتطليقة واحدة يملك الرجعة لا يحل له المقام معها عند
 أبي يوسف وعند محمد يحل له (وجه) قول محمد ما ذكرنا ان هذا قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه في فصل مجتهد فيه
 فينفذ على المقضى عليه والمقضى له لان القضاء له تعلق بهما جميعاً ألا ترى انه لا يصح الا بمطالبة المقضى له ولا بي يوسف
 ان صحة القضاء نفاذه في محل الاجتهاد يظهر أثره في حق المقضى عليه لا في حق المقضى له لان المقضى عليه مجبور في
 القضاء عليه فاما المقضى له فاختار في القضاء له فلو اتبع رأى القاضي انما يتبعه تقليداً او كونه مجتهداً يمنع من التقليد فيجب
 العمل برأى نفسه وعلى هذا كل تحليل أو تحریم أو اعتاق أو أخذ مال اذا قضى القاضي بما يخالف رأى المقضى عليه
 أو له فهو على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وكذلك المقلد اذا افتاه انسان في حادثة ثم رفعت الى القاضي فقضى
 بخلاف رأى المفتي فانه يأخذ بقضاء القاضي ويترك رأى المفتي لان رأى المفتي يصير متر وكا بقضاء القاضي فما ظنك
 بالمقلد ولم يذكر القدوري رحمه الله الخلاف في هذا الفصل وذكره شيخنا رحمه الله وسننظر فيه فيما يأتي ان
 شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج القضاء بالبينة لان البينة العادلة مظهرة للمدعى فكان القضاء بالحق وعلى
 هذا يخرج القضاء بالاقرار لان الانسان لا يقر على نفسه كاذباً هذا هو الظاهر فكان القضاء به قضاء بالحق
 وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضى فيه بالنكول لان النكول على أصله أحابنا بذل أو اقرار و كل ذلك
 دليل صدق المدعى في دعواه لما علم فكان القضاء بالنكول قضاء بالحق وعلى هذا يخرج قضاء القاضي بعلم نفسه في الجملة
 فنقول تفصيل الكلام فيه انه لا يخلو اما ان قضى بعلم استفاده في زمن القضاء ومكانه وهو الموضع الذي قلد قضاءه واما
 ان قضى بعلم استفاده قبل زمان القضاء وفي غير مكانه واما ان قضى بعلم استفاده بعد زمان القضاء وفي غير مكانه فان قضى
 بعلم استفاده في زمن القضاء وفي مكانه بان سمع رجلاً أقر لرجل بمال أو سمعه يطلق امرأته أو يعتق عبده أو يقذف

رجلاً أو رآه يقتل انساناً وهو قاض في البلد الذي قد قضاها جاز قضاؤه عندنا ولا يجوز قضاؤه به في الحدود والخالصة
بلا خلاف بين أصحابنا إلا أن في السرقة يقضى بالمال لا بالقطع وللشافعي فيه قولان في قول لا يجوز له أن يقضى به في
الكل وفي قول يجوز في الكل (وجه) قوله الأول أن القاضي مأمور بالقضاء بالبيئة ولو جاز له القضاء بعلمه لم يبق
مأموراً بالقضاء بالبيئة وهذا المعنى لا يفصل بين الحدود وغيرها (وجه) قوله الثاني أن المقصود من البيئة العلم بحكم
الحادثة وقد علم وهذا لا يوجب الفصل بين الحدود وغيرها لأن علمه لا يختلف (ولنا) أنه جاز له القضاء بالبيئة فيجوز
القضاء بعلمه بطريق الأولى وهذا لأن المقصود من البيئة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة وعلمه الحاصل
بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأي وأكثر الظن والحاصل بالحس
والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى إلا أنه لا يقضى به في الحدود والخالصة لأن الحدود
يحتاج في درئها وليس من الاحتياط فيها إلا كثفاء بعلم نفسه ولأن الحجّة في وضع الشيء هي البيئة التي تتكلم بها ومعنى
البيئة وإن وجد فقد فاتت صورتها وفوات الصورة يورث شبهة والحدود تدرك بالشبهات بخلاف القصاص فإنه
حق العبد وحقوق العباد لا يحتاج في إسقاطها وكذا حد القذف لأن فيه حق العبد وكلاهما لا يستقطبان شبهة فوات
الصورة هذا إذا قضى بعلم استفاده في زمن القضاء ومكانه فاما إذا قضى بعلم استفاده في غير زمن القضاء ومكانه أو في
زمان القضاء في غير مكانه وذلك قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاءه فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة أصلاً وعندهما
يجوز فيما سوى الحدود والخالصة فاما في الحدود والخالصة فلا يجوز وجه قولهما أنه لما جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد في
زمن القضاء جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء لأن العلم في الحالين على حد واحد إلا أن ههنا استخدام
العلم الذي كان له قبل القضاء بتجدد أمثاله وهناك حدث له علم لم يكن وهما سواء في المعنى إلا أنه لم يقض به في الحدود
الخالصة لتمكن الشبهة فيه باعتبار التهمة والشبهة تؤثر في الحدود والخالصة ولا تؤثر في حقوق العباد على ما مر ولا في
حنيفة الفرق بين العلمين وهو أن العلم الحادث له في زمن القضاء علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء فاشبه البيئة القائمة
فيه والعلم الحاصل في غير زمان القضاء علم في وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فاشبه البيئة القائمة فيه وهذا لأن الأصل
في حجة القضاء هو البيئة إلا أن غيرهما قد يلحق بها إذا كان في معناها والعلم الحادث في زمان القضاء في معنى البيئة يكون
حادثاً في وقت هو مكلف بالقضاء فكان في معنى البيئة والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول إلى مكانه حاصل في
وقت هو غير مكلف بالقضاء فلم يكن في معنى البيئة فلم يجز القضاء به فهو الفرق بين العلمين وعلى هذا يخرج القضاء
بكتاب القاضي فنقول لقبول الكتاب من القاضي شرائط منها البيئة على أنه كتابه فتشهد الشهود على أن هذا كتاب
فلان القاضي ويذكروا اسمه ونسبه لأنه لا يعرف أنه كتابه بدونه ومنها أن يكون الكتاب مختوماً وشهدوا على
أن هذا ختمه لصيانته عن الخلل فيه ومنها أن يشهدوا بما في الكتاب بأن يقولوا أنه قرأه عليهم مع الشهادة بالختم
وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا شهدوا بالكتاب والخاتم تقبل وإن لم يشهدوا
بما في الكتاب وكذا إذا شهدوا بالكتاب وبما في جوفه تقبل وإن لم يشهدوا بالخاتم بأن قالوا لم يشهدنا على
الخاتم أو لم يكن الكتاب مختوماً أصلاً لا ييوسف أن المقصود من هذه الشهادة حصول العلم للقاضي المكتوب إليه
بأن هذا كتاب فلان القاضي وهذا يحصل بما ذكرنا ولهما أن العلم بأنه كتاب فلان لا يحصل إلا بالعلم بما فيه ولا بد
من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم بالمشهود به ومنها أن يكون بين القاضي المكتوب إليه وبين القاضي
الكتاب مسيرة سفر فإن كان دونه لم تقبل لأن القضاء بكتاب القاضي أمر جواز الحاجة للناس بطريق الرخصة لأنه
قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير أن يكون عند خصم حاضر لكن جواز للضرورة ولا ضرورة فيما دون مسيرة
السفر ومنها أن يكون في الدين والعين التي لا حاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة كاللدور والعقار وأما في
الاعيان التي تقع الحاجة إلى الإشارة إليها كالمقول من الحيوان والعروض لا تقبل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله ثم رجع وقال تقبل في العبد خاصة إذا أبق وأخذ في بلد فأقام صاحبه البينة عند قاضي بلده أن عبده أخذه فلان في بلد كذا فشهد الشهود على الملك أو على صفة العبد وحليته فانه يكتب الى قاضي البلد الذي العبد فيه انه قد شهد الشهود عندي ان عبدا صفتة وحليته كذا وكذا ملك فلان أخذه فلان بن فلان ينسب كل واحد منهما الى أبيه وإلى جده على رسم كتاب القاضي الى القاضي وإذا وصل الى القاضي المكتوب اليه وعلم انه كتابه بشهادة الشهود يسلم العبد اليه ويختم في عنقه ويأخذه منه كفيلا ثم يبعث به الى القاضي الكاتب حتى يشهد الشهود عليه عنده بعينه على الاشارة اليه ثم يكتب القاضي الكاتب له كتابا آخر الى ذلك القاضي المكتوب اليه أول مرة فإذا علم انه كتابه قبله وقضى وسلم العبد الى الذي جاء بالكتاب وأبرأ كفيله ولا يقبل في الجارية بالاجماع وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الحاجة الى قبول كتاب القاضي في العبد متحقة لعموم البلوى به فلم يقبل لضاق الاعلى الناس ولضاعت أموالهم ولا حاجة اليه في الامة لانها لا تهرب عادة لعجزها وضعف بنيتها وقلوبها ولهما أن الشهادة لا تقبل الاعلى معلوم للآية الكريمة الا من شهد بالحق وهم يعلمون والمنقول لا يصير معلوما الا بالاشارة اليه والاشارة الى الغائب محال فلم تصح شهادة الشهود ولا دعوى المدعى لجهالة المدعى فلا يقبل الكتاب فيه ولهذا لم يقبل في الجارية وفي سائر المنقولات بخلاف العقار لا نه يصير معلوما بالتحديد وبخلاف الدين لان الدين يصير معلوما بالوصف وهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الكل وقضاة زماننا يعملون بمذهبه لحاجة الناس وينبغي للقاضي المرسل اليه أن لا يفك الكتاب الا بحضور من الخصم ليكون أبعده من التهمة ومنها أن لا يكون في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وانه لا تقبل فيهما كذا هذا ومنها ان يكون اسم المكتوب له وعليه واسم أبيه وجده ونفخه مكتوبا في الكتاب حتى لو نسبته الى أبيه ولم يذكر اسم جده أو نسبته الى قبيلة كبنى وتميم ونحوه لا يقبل لان التعريف لا يحصل به الا وان يكون شيئا ظاهرا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل لحصول التعريف ومنها ذكر الحدود في الدور والعقار لان التعريف في الحدود لا يصح الا بذكر الحدود ولو ذكر في الكتاب ثلاثة حدود يقبل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله لا يقبل ما لم يشهدوا على الحدود الاربعة ولو شهدوا على حدين لا تقبل بالاجماع واذا كانت الدار مشهورة كدار الامير وغيره لا تقبل عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما تقبل وهذه من مسائل الشروط ومنها أن يكون القاضي الكاتب على قضائه عند وصول كتابه الى القاضي المكتوب اليه حتى لو مات أو عزل قبل الوصول اليه لم يعمل به ولومات بعد وصول الكتاب اليه جازله ان يقضى به ومنها أن يكون القاضي المكتوب اليه على قضائه حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب اليه ثم وصل الى القاضي الذي ولى مكانه لم يعمل به لانه لم يكتب اليه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون القاضي الكاتب من أهل العدل فان كان من أهل البغي لم يعمل به قاضي أهل العدل بل يردده كبتا وغيظا لهم ومنها أن يكون لله سبحانه وتعالى خالصا لان القضاء عبادة والعبادة اخلاص العمل بكنيته لله عز وجل فلا يجوز قضاءه لنفسه وللمن لا تقبل شهادته له لان القضاء له قضاء لنفسه من وجه فلم يخلص لله سبحانه وتعالى وكذا اذا قضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاءه في تلك الحادثة وان قضى بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة لانه اذا أخذ على القضاء رشوة فقد قضى لنفسه لا لله عز اسمه فلم يصح (وأما) الذي يرجع الى المقضى له فانواع منها أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي فان كان ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاء القاضي له لما قلنا والله تعالى الموفق ومنها أن يكون حاضرا وقت القضاء فان كان غائبا لم يحز القضاء له الا اذا كان عنه خصم حاضر لان القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب أيضا لا يجوز ومنها طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد لان القضاء وسيلة الى حقه فكان حقه وحق الانسان لا يستوفى الا بطلبه (وأما) الذي يرجع الى المقضى عليه فحضرتة حتى لا يجوز القضاء على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس

بشرط والمسئلة ذكرت في كتاب الدعوى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما آداب القضاء فكثيرة والاصل فيها كتاب سيدنا عمر رضي الله عنه الى أبي موسى الاشعري رحمه الله سماه محمد رحمه الله كتاب السياسة وفيه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا أدلى اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا تفاذه أس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يئأس ضعيف من عدلك وفي رواية ولا يخاف ضعيف جورك البينة على المدعي واليمين على من أنكر الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التماهي في الباطل الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في القرآن العظيم والسنة ثم اعراف الامثال والاشباه وقس الامور عند ذلك فاعمد الى أحبها وأقربها الى الله تبارك وتعالى وأشبهها بالحق اجعل للمدعي أمدًا ينتهي اليه فاذا حضر بينة أخذ بحقه والاوجب القضاء عليه وفي رواية وان عجز عنها استحللت عليه القضاء فان ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف أو ظني في زور أو عجز بإعليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السر وفي رواية السرائر ودرأ عنكم بالبينات اياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس للخصوم في مواطن الحق الذي يوجب الله سبحانه وتعالى به الاجر ويحسن به الذخر وأن من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يترين للناس بما يعلم الله منه بخلافه شأنه الله عز وجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العباد الا ما كان خالصا فاطنك بثواب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزان رحمته والسلام ومنها أن يكون القاضي فهما عند الخصومة فيجعل فهمه وبسمعه وقلبه الى كلام الخصمين لقول سيدنا عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة فافهم اذا اولى اليك ولان من الجائز أن يكون الحق مع أحد الخصمين فاذا لم يفهم القاضي كلامهما يضييع الحق وذلك قوله رضي الله عنه فانه لا ينفع تكلم بحق لا تفاذه ومنها أن لا يكون قلقا وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضي الله عنه اياك والقلق وهذا ندب الى السكون والتثبت ومنها أن لا يكون ضجرا عند القضاء اذا اجتمع عليه الامور فضايق صدره لقوله رضي الله عنه اياك والضجر ومنها أن لا يكون غضبان وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضي الله عنه اياك والغضب وقال عليه الصلاة والسلام لا يقضي القاضي وهو غضبان ولانه يدهشه عن التأمل ومنها أن لا يكون جائعا ولا عطشان ولا ممتلئا لان هذه العوارض من القلق والضجر والغضب والجوع والعطش والامتلاء مما يشغله عن الحق ومنها أن لا يقضي وهو يمشي على الارض أو يسير على الدابة لان المشي والسير يشغلانه عن النظر والتأمل في كلام الخصمين ولا بأس بأن يقضي وهو متكئ لان الاتكاء لا يقدح في التأمل والنظر ومنها أن يسوي بين الخصمين في الجلوس فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره لانه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما في مجلسه وكذا لا يجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان اليمين فضلا على اليسار وقد روى أن عمرو وأبي بن كعب رضي الله عنهما اختصما في حادثة الى زيد بن ثابت فالتق لسيدينا عمر رضي الله عنه وسادة فقال سيدنا عمر رضي الله عنه هذا أول جورك وجلس بين يديه ومنها أن يسوي بينهما في النظر والنطق والخلوة فلا ينطلق بوجهه الى أحدهما ولا يسار أحدهما ولا يومئ الى أحدهما بشئ عدون خصمه ولا يرفع صوته على أحدهما ولا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الاخر ولا يخلو بأحد في منزله ولا يضيف أحدهما فيعدل بين الخصمين في هذا كله لما في ترك العدل فيه من كسر قلب الاخر ويتهم القاضي به أيضا ومنها أن لا يقبل الهدية من أحدهما الا اذا كان لا يلحقه به تهمة وجملة الكلام فيه أن المهدي لا يخلو اما أن يكون رجلا كان يهدي اليه قبل تقليد القضاء واما ان كان لا يهدي اليه فان كان لا يهدي اليه فاما ان كان قريباله أو أجنبيا فان كان قريباله ينظر ان كان له خصومة في الحال فانه لا يقبل لانه يلحقه التهمة وان كان لا خصومة له في الحال يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أجنبيا

لا يقبل سؤله كان له خصومة في الحال أولا لانه ان كان له خصومة في الحال كان بمعنى الرشوة وان لم يكن فربما يكون له خصومة في الحال يأتي بعد ذلك فلا يقبل ولو قبل يكون لبيت المال هذا اذا كان الرجل لا يهدي اليه قبل تقليد القضاء فاما اذا كان يهدي اليه فان كان له في الحال خصومة لا تقبل لانه يتهم فيه وان كان لا خصومة له في الحال ينظر ان كان اهدى مثل ما كان يهدي أو أقل يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أكثر من ذلك يرد الزيادة عليه وان قبل كان لبيت المال وان لم يقبل للحال حتى انقضت الخصومة ثم قبله لا بأس به ومنها أن لا يحيب الدعوة الخاصة بان كانوا خمسة أو عشرة لانه لا يخلو من التهمة الا اذا كان صاحب الدعوة ممن كان يتخذ له الدعوة قبل القضاء أو كان بينه وبين القاضي قرابة فلا بأس بأن يحضر اذا لم يكن له خصومة لا نعدام التهمة فان عرف القاضي له خصومة لم يحضرها وأما الدعوة العامة فان كانت بدعة كدعوة المباراة ونحوها لا يحل له أن يحضرها لانه لا يحل لغير القاضي اجابته فالقاضي أولى وان كانت سنة كوليمة العرس والختان فانه يحبسها لانه اجابة السنة ولا تهمة فيه ومنها أن لا يقبل أحد الخصمين حجته لان فيه مكسرة قلب الاخر ولان فيه اعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة غير انه ان تكلم أحدهما أسكت الآخر ليفهم كلامه ومنها أن لا يقبل الشاهد بل يتركه يشهد بما عنده فان أوجب الشرع قبوله قبله والا رده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا بأس بتلقين الشاهد بأن يقول أتشهد بكذا وكذا وجه قوله أن من الجائز أن الشاهد يلحقه الحصر لمهابة مجلس القضاء فيعجزه عن اقامة الحجة فكان التلقين تقويما لحجة ثابتة فلا بأس به ولهما أن القاضي يتهم بتلقين الشاهد فيتخرج عنه ومنها أن لا يعيث بالشهود لان ذلك يشوش عليهم عقولهم فلا يمكنهم اداء الشهادة على وجهها واذا اتهم الشهود فلا بأس بأن يفرقهم عند اداء الشهادة فيسألهم أين كان ومتى كان فان اختلفوا اختلفوا فبوجب رد الشهادة ردها والا فلا ويشهد القاضي الجنازة لان ذلك حق الميت على المسلمين فلم يكن متهم في اداء سنة فيحضرها الا اذا اجتمعت الجنازة على وجهه لو حضرها كلها الشغلة ذلك عن أمور المسلمين فلا بأس أن لا يشهد لان القضاء فرض عين وصلاة الجنازة فرض كفاية فكان اقامة فرض العين عند تعذر الجمع بينهما أولى ويعود المريض ايضا لان ذلك حق المسلمين على المسلمين فلا يلحقه التهمة باقامته ويسلم على الخصوم اذا دخلوا المحكمة لان السلام من سنة الاسلام وكان شريح يسلم على الخصوم لكن لا يخص أحد الخصمين بالتسليم عليه دون الآخر وهذا قبل جلوسه في مجلس الحكم فاما اذا جلس لا يسلم عليهم ولا هم يسلمون عليه اما هو فلا يسلم عليهم لان السنة أن يسلم القائم على القاعد لا القاعد على القائم وهو قاعد وهم قيام وأما هم فلا يسلمون عليه لانهم لو سلموا عليه لا يلزمه الرد لانه اشتغل بأمر هو أهم وأعظم من رد السلام فلا يلزمه الاشتغال كذا ذكره الفقيه أبو جعفر الهندواني في رجل يقرأ القرآن فدخل عليه آخره لا ينبغي له أن يسلم عليه ولو سلم عليه لا يلزمه الجواب وكذا المدرس اذا جلس للتدريس لا ينبغي لأحد أن يسلم عليه ولو سلم لا يلزمه الرد لما قلنا بخلاف الامير اذا جلس فدخل عليه الناس انهم يسلمون عليه وهو السنة وان كان سلاطين زماننا يكرهون التسليم عليهم وهو خطأ منهم لانهم جلسوا للزيارة ومن سنة الزائر التسليم على من دخل عليه وأما القاضي فاما جلس للعبادة لا للزيارة فلا يسلم عليه ولا يلزمه الجواب ان سلموا لكن لو أجاب جاز ومنها أن يسأل القاضي عن حال الشهود فيما سوى الحدود والقصاص وان لم يطعن الخصم وهو من آداب القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله لان القضاء بظاهر العدالة وان كان جائزا عنده فلا شك ان القضاء بالعدالة الحقيقية أفضل وأما عندهما فهو من واجبات القضاء وكذا اذا طعن الخصم عنده في غير الحدود والقصاص وفي الحدود والقصاص طعن أو لم يطعن ثم القضاء من السلف كانوا يسألون بأنفسهم عن حال الشهود من أهل محلهم وأهل سوقهم وان كان الشاهد سوقيا ممن هو أتى الناس وأورعهم وأعظمهم أمانة وأعرفهم بأحوال الناس ظاهر أو باطنا والقضاة في زماننا نصبوا للعدل تيسيرا لآل امر عليهم لما يتعذر على القاضي طلب المعدل في كل شاهد فاستحسنوا نصب العدل ثم نقول للتعديل شرائط بعضها يرجع الى نفس العدل وبعضها يرجع الى فعل

التعديل أما الأول فأنواع منها العتلى ومنها البلوغ ومنها الاسلام فلا يجوز تعديل المجنون والصبي والكافر لان
التركية ان كانت تجري مجرى الشهادة فهو لا يلىسوا من أهل الشهادة فلا يكونون من أهل التركية وان كانت من باب
الاخبار عن الديانات فخيرهم في الديانات غير مقبول لانه لا بد فيه من العدالة ولا عدالة طولاء ومنها العدالة لان من
لا يكون عدلا في نفسه كيف يعدل غيره وأما العدد فليس بشرط الجواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكنه شرط
الفضيلة والكمال وعند محمد شرط الجواز وجه قوله أن التركية في معنى الشهادة لانه خبر عن أمر غاب عن
علم القاضى وهذا معنى الشهادة فيشترط لها انصاف الشهادة ولهما أن التركية ليست بشهادة بدليل أنه لا يشترط
فيه لفظ الشهادة فلا يلزم فيها العدد على أن شرط العدد في الشهادات ثبت نصاً غير معقول المعنى فيما يشترط فيه
لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيها وراه وعلى هذا الخلاف العدد في الترجمان وحامل المنشور أنه ليس بشرط
عندهما وعنده شرط وعلى هذا الخلاف حرية المعدل وبصره وسلامته عن حد القذف انه ليس بشرط عندهما
فتصح تركية الاعمى والعبد والحدود في القذف وعند محمد شرط فلا تصح تركيته لان التركية شهادة عنده
فيشترط لها ما يشترط لسائر الشهادات وعندهما ليست بشهادة فلا يراعى فيها شرائط الشهادة لما قلنا وأما الذكورة
فليست بشرط لجواز التركية فتجوز تركية المرأة اذا كانت امرأة تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم
وهذا ظاهر الرواية على أصلها لان هذا من باب الاخبار عن الديانات وهي من أهله وأما عند محمد فتقبل تركيته فيما
تقبل شهادتها فتصح تركيته فيما يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وتجوز تركية الولد للوالد والولد للولد وكل ذى رحم
محرم منه لانه لا حق للمعدل في التعديل انما هو حق المدعى فلا يوجب تهمة فيه وهذا يشكل على أصل محمد لانه
يجرى التعديل مجرى الشهادة وشهادة الوالد للولد وعكسه لا تقبل ومنها أن لا يكون المزكى مشهودا عليه فان كان لم
تعتبر تركيته ويجب السؤال وهذا تقرير على مذهب أبي يوسف ومحمد فيما سوى الحدود والقصاص بناء على
أن المسئلة ما وجبت حقاً للمشهود عليه عندهما وانما وجبت حقاً للشرع وحق الشرع لا يتأدى بتعديله لان في زعم
المدعى والشهود أنه كاذب في انكاره فلا يصح تعديله وعند أبي حنيفة السؤال فيما سوى الحدود والقصاص حق
المشهود عليه وحق الانسان لا يطلب الا بطلبه فلم يطعن لا يتحقق الطلب فلا تجب المسئلة وذكر في كتاب التركية
أن المشهود عليه اذا قال للشاهد هو عدل لا يكتفى به ما لم ينضم اليه آخر على قول محمد فصارع عن محمد وايتان في رواية
لا تعتبر أصلاً وفي رواية يقبل تعديله اذا انضم اليه غيره وأما الثاني الذي يرجع الى فعل التعديل فهو أن يقول المعدل
في التعديل هو عدل جائز الشهادة حتى لو قال هو عدل ولم يقل جائز الشهادة لا يقبل تعديله لجواز أن يكون الانسان
عدلا في نفسه ولا تجوز شهادته كالحود في القذف اذا تاب وصلح والعبد الصالح وكذلك اذا قال في الرد هو ليس
بعدل لا يرد ما لم يقل هو غير جائز الشهادة لان غير العبد وهو الفاسق تجوز شهادته اذا جرى القاضى الصديق في شهادته
ولو قضى به القاضى ينفذ ومنها أن يسأل المعدل في السر أو لافان وجده عدلا يعدله في العلانية أيضاً ويجمع بين
المزكى والشهود بين المدعى والمدعى عليه في تعديل العلانية وان لم يجده عدلا يقول للمدعى زدني شهودك ولا
يكشف عن حال الجروح ستر على المسلم ولا يكتفى بتعديل السر خوفاً من الاحتياال والتزوير بان يسمى غير المعدل
باسم العدل فكان الادب هو التركية في العلانية بعد التركية في السر ولو اختلف المعدل ان يعدله أحدهما وجرحه
الآخر سأل القاضى غيرهما فان عدله آخر أخذ بالتركية وان جرجه آخر أخذ بالجرح لان خبر الاثنين أولى من خبر
الواحد بالقبول لانه حجة مطلقة وان انضم الى كل واحد منهما رجل آخر فعده اثنان وجرحه اثنان عمل بالجرح لان
الجارح يعتمد حقيقة الحال والمعدل يبنى الامر على الظاهر لان الظاهر من حال الانسان ان يظهر الصلاح ويكتم
الفسق فكان قبول قول الجارح أولى كذلك لو جرجه اثنان وعدله ثلاثة أو أربعة أو أكثر يعمل بقول الجارح لان
الترجيح لا يقع بكثرة العدد في باب الشهادة ومنها أن يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يحمله

من الاحكام وقد ندب الله سبحانه رسوله عليه الصلاة والسلام الى المشاورة بقوله وشاورهم في الامر مع افتتاح باب الوحي فغيره أولى وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال ما رأيت أحداً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر مشاورة لأصحابه منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لسيدنا أبي بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما قولاً فاني فيما لم يوح الي مثله كما ولان المشاورة في طلب الحق من باب المجاهدة في الله عز وجل فيكون سبباً للوصول الى سبيل الرشاد قال الله عز وجل والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وينبغي أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لئلا يضل بما عنده من الحق والصواب بل يهديه الى ذلك اذا رفع اليه ولا ينبغي ان يشاورهم بحضرة الناس لان ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يهتمونه بالجهل ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم أو يكتب في رقعة فيدفع اليهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان هذا اذا كان القاضي لا يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين أيديهم فان كان لا يجلسنهم فان أشكل عليه شيء من أحكام الحوادث بعث اليهم وسألهم ومنها أن يكون له جلواز وهو المسمى بصاحب المجلس في عرف ديارنا يقوم على رأس القاضي لتهديب المجلس وبيده سوط يؤدب به المنافق وينذر به المؤمن وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمسك بيده سوطاً ينذر به المؤمن ويؤدب به المنافق وكان سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يمسك سوطاً وسيدنا عمر رضي الله عنه اتخذ درة ومنها أن يكون له أعوان يستحضرون الخصوم ويقومون بين يديه اجلالاً له ليكون مجلساً مهيباً ويذعن المتمرد للحق وهذا في زماننا فاما في زمان الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فما كان تقع الحاجة الى أمثال ذلك لانهم كانوا ينظرون الى الامراء والقضاة بعين التبجيل والتعظيم ويخافونهم وينقادون للحق بدون ذلك فقد روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يقضي في المسجد فاذا فرغ استلقى على قنائه وتوسد بالخصى وما كان ينقص ذلك من حرمة روى أنه لبس قميصاً فازدادت أكيامه عن أصابعه فدعا بالشفرة فقطعهما وكان لا يكفهما أياماً وكانت الاطراف متعلقة منها والناس يهابونه غاية المهابة فاما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس فهان العلم وأهله فوقعت الحاجة الى هذه التكاليفات للتوسل الى احياء الحق وانصاف المظلوم من الظالم ومنها أن يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته من المدعى والمدعى عليه والشهود والكلام في عدد الترجمان وصفاته على الاتفاق والاختلاف كالكلام في عدد المزكى وصفاته كما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن يتخذ كاتباً لانه يحتاج الى محافظة الدعوى والبيانات والقرارات لا يمكنه حفظها فلا بد من الكتابة وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه فيحتاج الى كاتب يستعين به وينبغي أن يكون عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة وله معرفة بالغة أما العفة والصلاح فلان هذا من باب الامانة والامانة لا يؤديها الا العفيف الصالح وأما أهلية الشهادة فلان القاضي قد يحتاج الى شهادته وأما معرفته بالفقه فلانه يحتاج الى الاختصار والحذف من كلام الخصمين والنقل من لغة ولا يقدر على ذلك الا من له معرفة بالفقه فان لم يكن فقيها كتب كلام الخصمين كما سمعه ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان لئلا يوجب حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً واجباً لان تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو عن ذلك وينبغي ان يقعد الكاتب حيث يرى ما يكتب وما يصنع فان ذلك أقرب الى الاحتياط ثم في عرف بلادنا يقدم كتابة الدعوى على الدعوى فيكتب دعوى المدعى ويترك موضع التاريخ بياضاً لجواز ان تتخلف الدعوى عن وقت الكتابة ويترك موضع الجواب أيضاً بياضاً لانه لا يدري ان المدعى عليه يقرأ أو ينكر ويكتب أسماء الشهود ان كان للمدعى شهود ويترك بين كل شاهدين بياضاً ليكتب القاضي التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ثم يطوى الكتاب الكتاب ويختتمه ثم يكتب على ظهره خصومة فلان ابن فلان مع فلان ابن فلان في شهر كذا في سنة كذا ويجعله في قفلة وينبغي ان يجعل لخصومات كل شهر قفلاً على حدة ليكون أبصر بذلك ثم يكتب القاضي في ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكتاب بين يديه فيبعثها الى المعدل سرا وهي المسماة بالمستورة في عرف ديارنا والافضل أن

يبعث على يدي عدلين وان بعث على يدي عدل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا والله سبحانه أعلم (ومنها) أن يقدم
الخصوم على مراتبهم في الحضور الاول فالاول لقوله عليه الصلاة والسلام المباح لمن سبق اليه وان اشتبه عليه حالهم
استعمل القرعة فقدم من خرجت قرعته الا الغرباء اذا خاصموا بعض أهل المصر اليه أو خاصم بعضهم بعضاً أو
خاصمهم بعض أهل المصر فانه يقدمهم في الخصومة على أهل المصر لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال
قدم الغريب فانك اذا لم ترفع به رأساً ذهب وضاع حقه فتكون أنت الذي ضيعته ندب رضي الله عنه الى تقديم
الغريب ونبيه على المعنى لانه لا يمكنه الانتظار فكان تأخيره في الخصومة تضييعاً لحقه الا اذا كانوا كثيراً بحيث
يشتغل القاضي عن أهل المصر فيخلطهم بأهل المصر لان تقديمهم يضر بأهل المصر وكذا تقديم صاحب الشهود على
غيره لان اكرام الشهود واجب قال عليه الصلاة والسلام اكرموا الشهود فان الله يحني بهم الحقوق وليس من
الاكرام حبسهم على باب القاضي وهذا اذا كان واحداً فان كانوا كثيراً أقرع بينهم وينبغي أن يقدم الرجال على
جدة والنساء على حدة لما في الخلط من خوف الفتنة ولورأى أن يجعل لمن يوماً على حدة لكثرة الخصوم فعل لان
افرادهم يوم استرهن ومنها أن لا يتعب نفسه في طول الجلوس لانه يحتاج الى النظر في الحجج وبطول الجلوس
يختل النظر فيها فلا ينبغي ان يفعل ذلك ويكفي الجلوس طرفي النهار وقد رما لا يفر عن النظر في الحجج واذا تقدم اليه
الخصمان هل يسأل المدعى عن دعواه ذكر في أدب القاضي انه يسأل وذكر في الزيادات انه لا يسأل وكذا اذا
ادعى دعوى صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ذكر في آداب القاضي انه يسأل وذكر في الزيادات
انه لا يسأل حتى يقول له المدعى سله عن جواب دعواي وجه ما ذكر في الزيادات أن السؤال عن الدعوى انشاء
الخصومة والقاضي لا ينشئ الخصومة وجه ما ذكر في الكتاب ان من الجائز ان أحد الخصمين يلحقه مهابة مجلس
القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضي فيسأل عن دعواه ومنها ان المدعى اذا أقام البينة فادعى المدعى عليه
الدفع وقال لي بينة حاضرة أمهله زمانا لقول سيدنا عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة اجعل للمدعى أمدا ينتهي
اليه وأراد به مدعى الدفع ألا ترى انه قال وان عجز استحلقت عليه القضاء ولا نه لولم يعمل وقضى بينة المدعى ربما يحتاج
الى نقض قضائه لجواز ان يأتي بالدفع مؤخر افهوم من صيانة القضاء عن النقض ثم ذلك مفوض الى رأى القاضي
ان شاء آخر الى آخر المجلس وان شاء الى الغد وان شاء الى بعد الغد ولا يزيد عليه لان الحق قد توجه عليه فلا يسعه
التأخير أكثر من ذلك وان أدى بينة غائبة لا يلتفت اليه بل يقضى للمدعى ومنها أن يجلس للقضاء في أشهر المجلس
ليكون أرفق بالناس وهل يقضى في المسجد قال أصحابنا رحمهم الله يقضى وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بل
يقضى في بيته وجه قوله ان القاضي يأتمسه المشرك والحائض والنفساء والجنب ويجري بين الخصمين كلام اللغو
والرفث والكذب لان أحدهما كاذب وتنزيه المسجد عن هذا كله واجب (ولنا) الاقتداء برسول الله صلى
الله عليه وسلم والصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقضى في المسجد
وكذا الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون رضي الله عنهم كانوا يجلسون في المسجد للقضاء والاقتداء بهم واجب
ولا بأس للقاضي ان يرد الخصوم الى الصلح ان طمع منهم ذلك قال الله تبارك وتعالى والصلح خير فكان الرد الى
الصلح رداً الى الخير وقال سيدنا عمر رضي الله عنه ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم
الضغائن فندب رضي الله عنه القضية الى رد الخصوم الى الصلح ونبه على المعنى وهو حصول المقصود من غير ضغينة ولا
يزيد على مرة أو مرتين فان اصطلحا والاقضى بينهما بما يوجب الشرع وان لم يطمع منهم الصلح لا يردهم اليه بل
ينفذ القضية فيهم لانه لا فائدة في الرد وهل للقاضي أن يأخذ الرزق فان كان فقيراً له أن يأخذ لانه يعمل
للمسلمين فلا بد له من الكفاية ولا كفاية له فكانت كفايته في بيت المال الا أن يكون له ذلك أجرة عمله
وينبغي للإمام ان يوسع عليه وعلى عياله كيلا يطمع في أموال الناس وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث

عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وولاه أمرها رزقه أربع مائة درهم في كل عام وروى أن الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم أجمعين والسيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه كل يوم درهماً وثلاثاً أو ثمانين من بيت المال وكذا روى أنه كان لسيدنا عمر رضي الله عنه مثل ذلك من بيت المال وكان لسيدنا علي رضي الله عنه كل يوم قصعة من ثريد ورزق سيدنا عمر رضي الله عنه شريحاً وروى أن سيدنا علياً فرض له خمسمائة درهم في كل شهر وإن كان غنياً اختلصوا فيه قال بعضهم لا يحل له أن يأخذ لأن الأخذ بحكم الحاجة ولا حاجة له إلى ذلك وقال بعضهم يحل له الأخذ والافضل له أن يأخذ ما الحل فلما بينا أنه عامل للمسلمين فكانت كفايته عليهم لا من طريق الأجر وإنما الأفضلية فلأنه وإن لم يكن محتاجاً إلى ذلك فربما يجبيء بعده قاض محتاج وقد صار ذلك سنة ورسماً فتمتنع السلاطين عن إبطال رزق القضاة إليهم خصوصاً سلاطين زماننا فكان الامتناع من الأخذ شجاعة بحق الغير فكان الأفضل هو الأخذ وليس للقاضي أن يستخلف إلا إذا أذن له الإمام بذلك لأنه يتصرف بالتفويض فيتقدر بقدر ما فوض إليه كالوكيل ولو استخلف تتوقف قضاياه خليفته على إجازته بمنزلة الوكيل الخاص إذا وكل غيره فتصرف ولو كان الإمام أذن له بذلك كان له ذلك كالوكيل العام وفي آداب القضاء وما ينبذ للقاضي إلى فعله كثرة لها كتاب مفرد هناك إن شاء الله تعالى

فصل وأما بيان ما ينفذ من القضايا وما ينتقض منها إذا رفع إلى قاض آخر فنقول وبالله التوفيق قضاء القاضي الأول لا يخلو إما أن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب العزيز والسنة المتواترة والجماع وإما أن وقع في فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس فإن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الجماع فإن وافق قضاءه ذلك نفذ ولا يحل له النقض لأنه وقع صحيحاً قطعاً وإن خالف شيئاً من ذلك رده لأنه وقع باطلاً قطعاً وإن وقع في فصل مجتهد فيه فلا يخلو إما أن كان مجعاً على كونه مجتهداً فيه وإما أن كان مختلفاً في كونه مجتهداً فيه فإن كان ذلك مجعاً على كونه محل الاجتهاد فإما أن كان المجتهد فيه هو المتقضي به وإما أن كان نفس القضاء فإن كان المجتهد فيه هو المتقضي به فرفع قضاؤه إلى قاض آخر لم يردده الثاني بل ينفذه لكونه قضاءً مجعاً على صحته لما علم أن الناس على اختلافهم في المسئلة اتفقوا على أن للقاضي أن يقضي بأي الأقوال الذي مال إليه اجتهاده فكان قضاءً مجعاً على صحته فلو نقضه إنما ينتقضه بقوله وفي صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ما صحح بالاتفاق بقول مختلف في صحته ولأنه ليس مع الثاني دليل قطعي بل اجتهادي وصحة قضاء القاضي الأول ثبت بدليل قطعي وهو إجماعهم على جواز القضاء بأي وجه انضح له فلا يجوز نقض ما مضى بدليل قاطع بما فيه شبهة ولأن الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد وإن لا يجوز نقضه لأنه لو جاز نقضه رفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأول فينتقض ثم يرفعه المدعي إلى قاض آخر يرى خلاف رأي القاضي الثاني فينتقض نقضه ويقضي كما قضى الأول فيؤدي إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبدًا والمنازعة سبب الفساد وما أدى إلى الفساد فساداً فإن كان رده القاضي الثاني فرفعته إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول وأبطل قضاء القاضي الثاني لأن قضاء الأول صحيح وقضاء الثاني بالزبد باطل هذا إذا كان القاضي الأول قاضياً أهل العدل فإن كان قاضياً أهل البغي فرفعت قضاياه إلى قاض أهل العدل بأن ظهر أهل العدل على المصير الذي كان في يد الخوارج فرفعت إلى قاض أهل العدل قضاياه قاضياً لم ينفذ شيئاً منها بل ينتقضها كلها وإن كانوا من أهل القضاء والشهادة في الجملة كتباً وغيظاً لهم لينزجر واعن البغي وإن كان نفس القضاء مجتهداً فيه أنه يجوز أن لا يكملوا قضي بالحجر على الحر أو قضى على الغائب أنه يجوز للقاضي الثاني أن ينتقض قضاء الأول إذا مال اجتهاده إلى خلاف اجتهاد الأول لأن قضاءه هنا لم يجز بقول الكل بل بقول البعض دون البعض فلم يكن جوازه متفقاً عليه فكان محتملاً للنقض بمثله بخلاف الفصل الأول لأن جواز القضاء هناك ثبت بقول الكل فكان متفقاً عليه فلا يحتمل النقض بقول البعض ولأن المسئلة إذا كانت مختلفة فيها فالقاضي بالقضاء يقطع أحد الاختلافين ويجعله متفقاً عليه في الحكم بالقضاء المتفق على جوازه وإذا كان نفس القضاء مختلفاً فيه يرفع الخلاف بالخلاف هذا إذا كان القضاء في محل أجمعوا على كونه

محل الاجتهاد فاما اذا كان في محل اختلافهم انه محل الاجتهاد أم لا كبيع أم الولد هل ينفذ فيه قضاء القاضي أم لا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ينفذ لانه محل الاجتهاد عندهما لا اختلاف الصحابة في جواز بيعها وعند محمد لا ينفذ لوقوع الاتفاق بعد ذلك من الصحابة وغيرهم على انه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد وهذا يرجع الى ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم عندهما لا يرفع وعنده يرفع فكان هذا الفصل مختلفاً في كونه مجتهداً فيه فينظر ان كان من رأى القاضي الثاني انه يجتهد فيه ينفذ قضاءه ولا يرد له لان عنده ان قضاء الاول وقع مخالفاً للاجماع فكان باطلاً ومن مشايخنا من فصل في المجتهدات تفصيلاً آخر فقال ان كان الاجتهاد شنيعاً مستنكراً أجاز للقاضي الثاني ان ينقض قضاء الاول وهذا فيه نظر لانه اذا صح كونه محل الاجتهاد فلا معنى للفصل بين مجتهد ومجتهد لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما فينبغي ان لا يجوز للثاني نقض قضاء الاول لان قضاءه مصادف لمحل الاجتهاد

﴿فصل﴾ واما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله فلا يصل ان قضاء القاضي بشاهدي الزور في الدلالة انشاءه في الجملة فيفيد الحل عند أبي حنيفة رحمه الله وقضاؤه بهما فيما ليس له ولا يثبته انشاءه أصلاً لا يفيد الحل بالاجماع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا يفيد الحل فيهما جميعاً فنقول جملة الكلام فيه ان القاضي اذا قضى بشاهدين ثم ظهر انهما شاهدا زور فلا يخلو اما ان قضى بعقد أو بفسخ عقداً واما ان قضى بملك مرسل فان قضى بعقد أو بفسخ عقد قضاؤه يفيد الحل عنده وعندهم لا يفيد ولقب المسئلة ان قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهود زور هل ينفذ ظاهر او باطن فهو على الخلاف الذي ذكرنا وان قضى بملك مرسل لا ينفذ قضاؤه باطناً بالاجماع وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها فانكرت فاقام على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما وهما يعلمان انه لا نكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل لها التمكين عند أبي حنيفة وعندهم لا يحل وكذا اذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امرأته ثلاثاً وهو منكر فقضى القاضي بالفرقة بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها وان كان يعلم انه شهد بزور عنده وعندهم لا يحل وعلى هذا الخلاف دعوى البيع والاعتاق وفي الهبة عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان وأجمعوا على أنه لو ادعى نكاح امرأته وهي تنكر وتقول أنا أخت من الرضاع أو أنا في عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم انها كما أخبرت لا يحل لها التمكين وأجمعوا أيضاً على أنه لو ادعى رجل أن هذه جاريته وهي تنكر فاقام على ذلك شاهدين وقضى القاضي بالجارية انه لا يحل له وطؤها اذا كان يعلم انه كاذب في دعواه ولا يحل لاحد الشاهدين أيضاً ان يشتر بها احتجاجاً بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الخن بحجته من بعض وانما أنا بشر فمن قضيت له من مال أخيه شيئاً بغير حق فأنما أقطع له قطعة من النار أخبر الشارع عليه الصلاة والسلام ان "نفسه" ما ليس للمدعي قضاء له بقطعة من النار ولو نفذ قضاؤه باطناً لما كان القضاء به قضاءً بقطعة من النار ولان القضاء انما ينفذ بالحجة وهي الشهادة الصادقة وهذه كاذبة بيتين فلا ينفذ حقيقة ولهذا لم ينفذ بالملك المرسل وكذا اذا كانت المرأة محرمة بالعدة والردة أو الرضاع أو القرابة أو المصاهرة كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه ان قضاء القاضي بما يحتمل الانشاء انشاءه فينفذ ظاهراً وباطناً كما لو انشأ صريحاً ودلالة الوصف ان القاضي مأثور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الانشاء الا بالحمل على الانشاء لان البيئة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل انشاء والعقود والفسوخ مما يحتمل الانشاء من القاضي فان للقاضي ولاية انشاءها في الجملة بخلاف الملك المرسل لان نفس الملك مما لا يحتمل الانشاء ولهذا لو أنشأ القاضي أو غيره صريحاً لا يصح وبخلاف ما اذا كانت المرأة محرمة باسباب لان هنالك ليس للقاضي ولاية الانشاء ألا ترى انه لو أنشأ صريحاً لا ينفذ واما الحديث فقد

قيل انه عليه الصلاة والسلام قال ذلك في أخوين اختصا اليه في موارد يث درست بينهما فقال الى آخره ولم يكن لهما بينة الادعواهما كذا ذكره أبو داود عن أم سلمة رضي الله عنهما والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى و به تقول مع انه ليس فيه ذكر السبب والكلام في القضاء بسبب على انا نقول بموجبه لكن لم قلتم ان القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق بل هو قضا له من مال نفسه و بحق لان القضاء بسبب الملك صحيح عندنا فقد قلنا بموجب الحديث والحمد لله وحده

﴿فصل﴾ واما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء فنقول الاصل ان القاضي اذا أخطأ في قضائه بان ظهران الشهود كانوا عبيدا أو محدودين في قذف انه لا يؤاخذ بالضمان لانه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة ثم ينظر اما ان كان المقضى به من حقوق العباد واما ان كان من حقوق الله عز وجل خالصا كالقطع في السرقة والرجم في زنا المحصن فان كان في حقوق العباد فان كان مالا وهو قائم رده على المقضى عليه لان قضاءه وقع باطلا ورد عين المقضى به ممكن فيلزمه رده لقول النبي عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا نه عين مال المدعى عليه ومن وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكا فالضمان على المقضى له لان القاضي عمل له فكان خطأه عليه ليكون الخراج بالضمان ولانه اذا عمل له فكان هو الذي فعل بنفسه وان كان حقا ليس بمال كالطلاق والعتاق بطل لانه تبين ان قضاءه كان باطلا وانه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك لانه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان هذا اذا كان المقضى به من حقوق العباد واما اذا كان من حق الله عز وجل خالصا فضمانه في بيت المال لانه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها اليهم وهو الزجر فكان خطأه عليهم لما قلنا فيؤدي من بيت مالهم ولا يضمن القاضي لما قلنا ولا الجلاذ أيضا لانه عمل بأمر القاضي والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء فنقول والله التوفيق كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضي عن القضاء وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرناها في كتاب الوكالة لا يختلفان الا في شيء واحد وهو ان الموكل اذا مات أو خلع ينزل الوكيل والخليفة اذا مات أو خلع لا تنزل قضائته ولا نه (ووجه) الفرق ان الوكيل يعمل بولاية الموكل وفي خالص حقه أيضا وقد بطلت أهلية الولاية فينزل الوكيل والقاضي لا يعمل بولاية الخليفة وفي حقه بل بولاية المسلمين وفي حقوقهم وانما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم لهذا لم تلحقه العهدة كالرسول في سائر العقود والوكيل في النكاح واذا كان رسولا كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين ولا يهتم بعد موت الخليفة باقية فيبقى القاضي على ولايته وهذا بخلاف العزل فان الخليفة اذا عزل القاضي أو الوالي ينزل بعزله ولا ينزل بموته لانه لا ينزل بعزل الخليفة أيضا حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا ان توليته بتولية العامة والعامة ولوه الا استبدال دالة لتعلق مصالحهم بذلك فكانت ولايته منهم معنى في العزل أيضا فهو الفرق بين العزل والموت ولو استخلف القاضي باذن الامام ثم مات القاضي لا ينزل خليفته لانه نائب الامام في الحقيقة لا نائب القاضي ولا ينزل بموت الخليفة أيضا كما لا ينزل القاضي لما قلنا ولا يملك القاضي عزل خليفته لانه نائب الامام فلا ينزل بعزله كالوكيل انه لا يملك عزل الوكيل الثاني لان الثاني وكيل الموكل في الحقيقة ولا وكيله كذا ههنا الا اذا اذن له الخليفة ان يستبدل من شاء فيملك عزله ويكون ذلك أيضا عزلا من الخليفة لا من القاضي لان القاضي كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك انه يملك التوكيل والعزل واذا عزل كان العزل في الحقيقة من الموكل كذا هذا وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل كما ذكر في الوكالة وهل ينزل باخذ الرشوة في الحكم عندنا لا ينزل لكنه يستحق العزل فيعزله الامام ويعزله كذا ذكر في كتاب الحدود وقال مشايخ العراق من أصحابنا انه ينزل وقالوا صحت الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم انه ينزل واستدلوا بما ذكر في السير الكبير انه يخرج من القضاء لكن رواية مشايخنا أنه لا يخرج من القضاء وهذه الرواية أولى لان هذه الرواية مشتهرة ورواية كتاب الحدود محكمة لانه ذكر ان الامام يعزله ويعزله فكان فيما قلنا حمل المحتمل على

الحكم فكان عملاً بالروايتين جميعاً فكان أولى وهذا عندنا وقال الشافعي عليه الرحمة ينزل وهو قول المعتزلة وللقب المسئلة ان القاضي اذا فسق هل ينزل أولا فعندنا لا ينزل وعند الشافعي ينزل وبه قالت المعتزلة لكن بناء على أصليين مختلفين فأصل المعتزلة ان الفسق يخرج صاحبه عن الايمان فيبطل أهلية القضاء وأصل الشافعي رحمه الله ان العدالة شرط أهلية القضاء كما هي شرط أهلية الشهادة لان أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وقد زالت بالفسق فتبطل الأهلية والاصل عندنا أن الكبيرة لا تخرج صاحبها من الايمان والعدالة ليست بشرط أهلية القضاء كما ليست بشرط أهلية الشهادة على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب القسمة ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان أنواع القسمة وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان معنى القسمة لغة وشرعا وفي بيان شرائط القسمة وفي بيان صفات القسمة وفي بيان حكم القسمة وفي بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها (أما) الاول فالقسمة في الاملاك المشتركة نوعان أحدهما قسمة الاعيان والثاني قسمة المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة أما قسمة الاعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والاجماع (أما) السنة فاروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الشرعية (وأما) الاجماع فان الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكثير فكانت شرعيتها متوارثة والمعقول يقتضيه توفيراً على كل واحد مصلحته بكاملها

﴿ فصل ﴾ وأما بيان معنى القسمة لغة وشرعا أما في اللغة فهي عبارة عن افراز النصيب وفي الشريعة عبارة عن افراز بعض الانصبا عن بعض ومبادلة بعض ببعض لان ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزأان قبل القسمة الا وأحدهما ملك أحد الشرعيين والاخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكاً لهذا والنصف مملوكاً لذلك على الشيوع فاذا قسمت بينهما نصفين والجزاء المملوك لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة في نصيبه دون نصيب صاحبه فلا بد وأن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوك له وبعضها مملوك لصاحبه على الشيوع فلولا تجمع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطالبهما من القاضي رضاً من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوك له افرازاً أو تميزاً أو تعييناً لها في الملك وفي حق الأجزاء المملوك لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه فكانت افراز بعض الانصبا ومعاوضة البعض ضرورة وهذا هو حقيقة القسمة المعقولة في الاملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازماً في كل قسمة شرعية الا أنه أعطى لها حكم الافراز في ذوات الامثال في بعض الاحكام لان المأخوذ من العوض مثل المتروك من العوض فجعل كأنه يأخذ عين حقه بمنزلة المقرض حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل افرازاً حكاماً وهذا المعنى لا يوجد في غير ذوات الامثال فان قيل أليس انه يجبر على القسمة والمعاوضات مما لا يجري فيها الجبر كالبيع ونحوه (فالجواب) ان المعاوضة قد يجري فيها الجبر ألا ترى ان الغريم يجبر على قضاء الدين وقضاء الدين لا يتحقق الا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة دل ان الجبر لا ينفي المعاوضة فجاز أن يجبر على القسمة وان كانت معاوضة مع ما أن الجبر لا يجري في المعاوضات المطلقة كالبيع ونحوه والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هي افراز من وجه ومعاوضة من وجه فجاز أن يجري فيها الجبر وعلى هذا الاصل تخرج قسمة المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة انها لا تجوز مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة لا اعتبار معنى المبادلة وذكر في الكتاب في كرحنطة مشترك بين

رجلين ثلاثون منه رديئة وعشرة منه جيدة قيمها سواء فأراد أن يقتسمها فإخذ أحدهما ثلاثين والاخر عشرة أنه لا يجوز لتمكين الباقي لتحقيق معنى المعاوضة ولو زاد صاحب الزيادة ثوباً أو شيئاً آخر جاز لأن الزيادة صارت مقابلة بالثوب فزال معنى الربا وقال في زرع مشترك بين رجلين في أرض مملوكة لهما فأرادا قسمة الزرع دون الأرض وقد سنبل الزرع أنه لا تجوز قسمته لأن قسمته بطريق المجازفة ولا تجوز المعاوضة بطريق المجازفة في الأموال الربوية وكذا الوأوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين أو أوصى باللبن في الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب لأن الصوف واللبن من الأموال الربوية فلا يَحتمل أن القسمة مجازفة كيلا يَحتمل أن البيع مجازفة وكذا خيار العيب يدخل في نوعي القسمة كما يدخل في البيع وخيار الرؤية والشرط يدخل في أحد النوعين دون الآخر لا لعدم معنى المبادلة بل لمعنى آخر نذكره في موضعه ولو اشترى رجلان من رجل كرحضة بمائة درهم فاقسماها فلكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مائة على خمسين درهما ولو اشترى داراً بمائة درهم فاقسماها ليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مائة على خمسين وإنما اختلف النوعان في هذا الحكم لا لاعتبار معنى الإفراز في أحدهما والمبادلة في الآخر بل لمعنى آخر وهو أن المراجعة بيع يمثل المذكور ثمن في الأول مع زيادة شيء وانما يجوز البيع يمثل المذكور ثمن في الأول مع زيادة شيء فيما يحتمل الزيادة وما فيما لا يحتمل الزيادة فلا كما إذا اشترى كرحضة بكرحضة لا يبيعه مائة على الكركذاهنا بل أولى لأن ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة في القسمة ليست بمقصودة وإذا كان كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعاً في هذا الحكم لأنه لا يحتمل الزيادة فكان له أن يبيعه مائة على أول ثمن يحتمل الزيادة وهو الخمسون بخلاف قسمة الدار لأن هناك يمكن البيع بالثمن الأول وهو ثمن القسمة وزيادة شيء بأن يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذي في يده ويربح درهم مثلاً كما إذا اشترى داراً بدار أو اشترى كرحضة بثوب فامكن بيعه مائة على الثمن الأول في الجملة فلم يجز بيعه مائة على خمسين إلا أنه إذا باعه مائة أو باعه مائة على باعه من بائعه بالنصف الذي في يده ويربح درهم يارده لا يجوز لمعنى عرف في كتاب البيوع والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما شرائط جواز القسمة فانواع بعضها يرجع إلى القاسم وبعضها يرجع إلى المقسوم وبعضها يرجع إلى المقسوم له (أما) الذي يرجع إلى القاسم فنوعان نوع هو شرط الجواز ونوع هو شرط الاستحباب أما شرائط الجواز فانواع منها العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية فاما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة باذن وليه وكذلك الاسلام والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون لأن هؤلاء من أهل البيع فكانوا من أهل القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الملك والولاية فلا تجوز القسمة بدونهما أما الملك فالمعنى به أن يكون القاسم مالكا فيقسم الشركاء بالتراضي وأما الولاية فنوعان ولاية قضاء وولاية قرابة إلا أن شرط ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضي وأمينه على الصغير والكبير والذكر والأنثى والمسلم والذمي والحر والعبد والمأذون والمكاتب عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم على ما نذكره ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة فيقسم الأب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد ولا صل فيه ان كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن لا فلا وهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة وكذا القاضي له ولاية بيع مال الصغير والكبير في الجملة فكان له ولاية القسمة في الجملة (وأما) وصي الام ووصي الاخ والعلم فيقسم المنقول دون العقار لأن له ولاية بيع المنقول دون العقار وفي وصي المكاتب اذا مات عن وفاء أنه هل يقسم فيه رايان وهذا كله يقرر ما قلنا ان معنى المبادلة لازم في القسمة حيث جعل سبيله سبيل البيع في الولاية ولا يقسم وصي الميت على الموصى له لعدم ولايته عليه وكذا لا يقسم الورثة عليه لعدم ولايتهم عليه لأن الموصى له كواحد من الورثة ولا يقسم بعض الورثة على بعض لا لعدم الولاية فلا يقسمون على الموصى له ولو اقسما هو غائب نقصت قسمتهم لكن هذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان

كانت بقضاء القاضى تنفذ ولا تنقض لما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وأما شرائط الاستحباب فانواع (منها) أن يكون عدلا أميناعالما بالقسمة لانه لو كان غير عدل خائنا أو جاهلا بامور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لا يجوز (ومنها) أن يكون منصوب القاضى لان قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولانه أجمع لشرائط الامانة والافضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم للناس من غير أجر عليهم لان ذلك أرفق بالمسلمين فان لم يمكنه أن يرزقه من بيت المال يقسم لهم بأجر عليهم ولكن ينبغى للقاضى أن يقدر له أجر معلومة كيلا يتحكم على الناس ولو أراد الناس أن يستأجروا قساما آخر غير الذى نصبه القاضى لا يمنعهم القاضى عن ذلك ولا يجبرهم على أن يستأجروا قساما لانه لو فعل ذلك لعله لا يرضى الا بأجرة كثيرة فيتضرر الناس وكذا لا يترك القسامين يشتركون في القسم لما قلنا (ومنها) المبالغة في تعديل الانصاء والتسوية بين السهام باقصى الامكان لئلا يدخل قصور في سهم وينبغى أن لا يدع حقاين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب الا اذا لم يمكن وينبغى أن لا يضم نصيب بعض الشركاء الى بعض الا اذا رضوا بالضم لانه يحتاج الى القسمة ثانيا وينبغى أن لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها في القسمة الا عند الضرورة والله سبحانه وتعالى الموفق (ومنها) أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذى يليه هكذا ثم يقرع بينهم لان القرعة تتعلق بها حكم بل لتطيب النفوس ولورود السنة بها ولان ذلك أنفى للهمة فكان سنة والله سبحانه وتعالى أعلم واذا قسم بأجر فأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما رحمه الله على قدر الانصاء (وجهه) قولهما ان أجر القسمة من مؤنات الملك فيتقدر بقدره كالنفقة (وجهه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الاجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل على السواء فكانت الاجرة عليهم على السواء وهذا لان عمله تميز الانصاء والتميز عمل واحد لان تميز القليل من الكثير هو بعينه تميز الكثير من القليل والتفاوت في شئ واحد محال واذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الاجرة بخلاف النفقة لانها بمقابلة الملك والملك يتفاوت فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم

فضل وأما الذى يرجع الى المقسوم لدفانواع (منها) أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان القسمة نوعان قسمة جبر وهى التى يتولاها القاضى وقسمة رضا وهى التى يفعلها الشركاء بالتراضى وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفريق وقسمة جمع (أما) قسمة التفريق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان الذى تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن يكون مما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين أصلا بل لهما فيه منفعة (وأما) أن يكون مما في تبعيضه مضرة فان كان مما لا مضرة في تبعيضه أصلا بل فيه منفعة للشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا لتحقيق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك وان كان مما في تبعيضه ضرر فلا يخلو من أحد وجهين (أما) ان يكون فيه ضرر بكل واحد منهما (وأما) أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع في حق الآخر فان كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم والقباء والجدبة والخيمة والحائط والحمام والبيت الصغير والحانوت الصغير والرحى والفرس والجلس والبقرة والشاة لان القسمة في هذه الاشياء قسمة اضرار بالشريكين جميعا والقاضى لا يملك الجبر على الاضرار وكذلك النهر والقناة والعين والبيتر لما قلنا فان كان مع ذلك أرض قسمت الارض وترك البيتر والقناة على الشركة (فاما) اذا كانت أنهار الارضين متفرقة أو عيوناً أو آبارا قسمت الآبار والعيون لانه لا ضرر في القسمة وكذا الباب والساحة والخشبة اذا كان في قطعها ضرر فان كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فهما من غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا في هذه الاشياء بان يقسماها باقساما يتراضيهما لانها على كل حال لا يخلو عن نوع نفع وما لا تجرى

فيه القسمة لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله إذا اختصما فيه باع
القاضي وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة لأن الجبر على إزالة الملك غير مشروع وعلى هذا طريق بين رجلين
طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فإن كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر على القسمة لأن
القسمة تقع تحصيلاً لما شرعت له وهو تكميل منافع الملك فيجبر عليها وإن كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لأنها قسمة
إضرار بالشريكين فلا يلزم القاضي إلا إذا كان لكل واحد منهما في نصيبه من الدار مفتوح من وجه آخر فيقسم أيضاً لأن
القسمة في هذه الصورة لا تقع إضراراً ولو اقتسما بأنفسهما جازت لراضيهما بالضرر وكذلك المسيل المشترك إذا
طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وإن كان بحال لو قسم يصيب كل واحد منهما بعد القسمة قدر ما يسيل مأواه أو كان
له موضع آخر يمكنه التسيل فيه يقسم وإن لم يمكن لم يقسم لما ذكرنا في الطريق وعلى هذا إذا طلب أحدهما مفتاح الدار
من غير رفع الطريق وأبى الآخر إلا برفع الطريق أنه إن كان لكل واحد منهما مفتاح آخر يفتحه في نصيبه قسم بينهما
بغير رفع الطريق لأن ما هو المطلوب من القسمة وهو تكميل منافع الملك في هذه القسمة أوفر وإن لم يكن رفع بينهما
طريقاً وقسم الباقي لأنه إذا لم يكن بينهما مفتاح كانت القسمة بغير طريق تفويتاً للمنفعة لا تكليلاً لها فكانت إضراراً بهما
وهذا لا يجوز إلا إذا اقتسما بأنفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا ولو اختلفا في سعة الطريق وضيقة جعل الطريق على قدر
عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيها لأن الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلا إلى أدنى
ما يمكن للاستطراق فيحكم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا إذا بنى رجلان في أرض رجل باذنه وطلب
أحدهما قسمة البناء وأبى الآخر وصاحب الأرض غائب لم تقسم لأن الأرض المبنى عليها بينهما شائع بالأعارة أو
بالأجرة فلو قسم البناء بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل في بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسمة
ولو اقتسما بالتراضي جازت وكذلك لو هدمها وكانت الآلة بينهما وعلى هذا زرع بين رجلين في أرض مملوكة لهما طلب
أحدهما قسمة الزرع دون الأرض فإن كان الزرع قد بلغ وسنبُل لا يقسم لما ذكرنا من قبل ولو طلبا جميعاً لا يقسم أيضاً
لأن المانع هو الرابو حرمة الرابو لا تحتل الارتفاع بالرضا وإن كان الزرع بقلا فطلب أحدهما لا يقسم أيضاً لأن الأرض
مملوكة لهما على الشراكة فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا يجبر على الضرر ولو اقتسما
بأنفسهما وشرطا القطع جازت لأنهما رضيا بالضرر ولو شرطا الترك لم يجز لأن رغبة الأرض مشتركة بينهما فكان شرط
الترك منهما في القسمة شرطاً لا انتفاع كل واحد منهما بملك شريكه ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان مفسداً للقسمة
لأن فيها معنى البيع وكذلك لو لم تكن الأرض مملوكة لهما وكانت في أيديهما بالأعارة أو بالأجرة والزرع بقل لا يقسم لما
ذكرنا ولو اقتسما بأنفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع على ذكرنا وكذلك طاع بين رجلين طلب
أحدهما قسمة الطلع دون النخل والأرض لم يقسم لما ذكرنا في الزرع ولو اقتسما بالتراضي فإن شرطا القطع جاز وإن شرطا
الترك لم يجز لما ذكرنا في الزرع ولو تركه بعد القسمة باذن صاحبه فادرك وقيل فالفضل للطيب لأنه وإن حصل في ملك
مشترك لكنه حصل باذن شريكه فلا يكون خبيثاً وإن لم يأذن له يتصدق بالفضل لمن كان الخبث فيه فكان سبيله
التصدق هذا إذا كان شيئاً في تبعضه ضرر بكل واحد من الشريكين فاما إذا كان شيئاً في تبعضه ضرر
بأحدهما دون الآخر كالدار المشتركة بين رجلين ولا أحدهما فيها شقص قليل فإن طلب صاحب الكثير القسمة
قسمتاً جماعاً لأن القسمة في حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك وفي حق صاحب القليل
تقع منعاً له من الانتفاع بنصيبه إذ لا يقدر صاحب القليل على الانتفاع بنصيبه إلا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير
لقلة نصيبه فكانت القسمة في حقه منعاً له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت وإن طلب صاحب القليل القسمة
فقد ذكرنا الحاكم الجليل في مختصره أنه يقسم وذكر القدر ويرى رحمه الله أنه لا يقسم (وجهه) ما ذكره الحاكم أنه لا ضرر
في هذه القسمة في حق صاحب الكثير بل له فيه منفعة فكان في الإباء متعنتاً فلا يعتبر أبأوه وصاحب القليل قد

رضى بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة كما اذا لم يكن في تبعضه ضرر باحدهما أصلاً بخلاف الفصل الاول لان هناك تقع القسمة اضراً بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والتأذى لا يملك الجبر على الاضرار فهو الفرق (وجه) ما ذكره القدوري رحمه الله ان صاحب القليل تمتعت في طلب القسمة لكون القسمة ضرراً محضاً في حقه فلا يعتبر طلبه وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ولو اقتسما بانفسهما جازت لما ذكرنا ان صاحب القليل قد رضى بالضرر بنفسه ولا ضرر فيه لصاحب الكثير أصلاً فجازت قسمتها وعلى هذا دار بين شريكين قسمت بينهما فاصاب أحدهما موضع بغير طريق شرطه في القسمة فان كان له فيما أصابه مفتح الى الطريق جازت القسمة لانه لا مضره له فيها اذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر وان لم يكن له فيما أصابه مفتح أصلاً فان ذكر الحقوق في القسمة فله حق الاختيار في نصيب صاحبه لان الطريق من الحقوق فصار مذكوراً بذكر الحقوق وان لم يذكر لم تجز القسمة لانهما قسمة اضرار في حق أحد الشريكين وكذلك اذا قسمت بغير مسيل شرط لا حدما ووقع المسيل في نصيب الآخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الطريق ولو اقتسما على ان لا طريق له ولا مسيل جازت لانه رضى بالضرر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج قسمة الجمع انه لا يجبر عليها في جنسين لانها في الاجناس المختلفة تقع اضراراً في حق أحدهما فلا يجبر عليها على ما سنا. كران شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا قسمة التفريق وأما قسمة الجمع فهي ان يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين على حدة وانها جائزة في جنس واحد ولا تجوز في جنسين لانها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة الى ما شرعت له وهو تكيل منافع الملك وعند اختلاف الجنس تقع تفويتا للمنفعة لا تكيلها اذا عرفت هذا فنقول لا خلاف في الامثال المتساوية وهي المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع لانه يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيها من غير ضرر لانعدام التفاوت وكذلك تبرا الذهب وتبرا النحاس وتبرا الحديد لما قلنا وكذلك الثياب اذا كانت من جنس واحد كاهروية وكذلك الابل والبقر والغنم لان التفات عند اتحاد الجنس والمطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم او يجبر بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه وكذلك اللاكيء المنفردة وكذا اليواقيت المنفردة لما قلنا وكذلك لا خلاف في انه لا يقسم في جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعديدى قسمة جمع كالخطة والشعر والقطن والحديد والجوز واللوز والثياب البردية والمروية وكذلك اللاكيء واليواقيت وكذا الخيل والابل والبقر والغنم وكذا اذا كان من كل جنس فرد كبير ذون وجمل وبقرة وشاة وثوب وقباء وجبة وقيص ووسادة وبساط لان هذه الاشياء لو قسمت على الجمع كان لا يخلو من أحد وجهين اما ان تقسم باعتبار أعيانها واما ان تقسم باعتبار قيمتها بان يضم الى بعضها دراهم او دنانير لا سبيل الى الاول لان فيه ضرراً باحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس والقاضى لا يملك الجبر على الضرر ولا سبيل الى الثانى لان ذلك قسمة في غير محلها لان محلها الملك المشترك ولم يوجد في الدراهم ولو اقتسما بانفسهما أو تراصيا على ذلك جازت القسمة حتى لو اقتسما ثوبين مختلفي القيمة وزاد مع الاوكس دراهم مسماة جاز وكذا في سائر المواضع ويكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضاء وكذا الاواني سواء اختلفت أصولها واتخذت لانها بالصناعة أخذت حكم جنسين حتى جاز بيع الاواني الصغار واحداً بآخرين وأما الرقيق فلا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله قسمة جمع وعندهما يقسم (وجه) قولهما ان الرقيق على اختلاف أوصافها وقيمتها جنس واحد فاحتمل القسمة كسائر الحيوانات من الابل والبقر والغنم وما فيها من التفاوت يمكن تعديله بالقيمة (وجه) قول أبي حنيفة انه لم يوجد شرط جواز القسمة وجواز التصرف بدون شرط جوازه محال وبيان ذلك على نحو ما ذكرنا اننا لو قسمناها رقاباً باعتبار أعيانها فقد اضرنا باحدهما لتفاحش التفاوت بين عبد وعبد في المعاني المطلوبة من هذا الجنس فكانا في حكم جنسين مختلفين ومن شرط جواز هذه القسمة ان لا تتضمن ضرراً بالمقسوم عليه ولو قسمناها باعتبار القيمة لوقعت القسمة في غير محلها لان محلها الملك المشترك ولا شركة في القيمة والمحلية من شرائط صحة التصرف فصيح ما ذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جاز

لتراضيهما بالضرر وكذا لو كان مع الرقيق غيره قسم كذا ذكره في كتاب القسمة لانه ان كان لا يحتمل القسمة مقصوداً
 فيجعل تبعاً لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق انه لا يجوز بيعهما مقصوداً ثم يدخلان في البيع تبعاً
 للنهر والارض كذا هذا وذكر الجصاص ان المذكور في الاصل محمول على قسمة الرضا وأما قسمة القضاء فلا تجوز
 وان كان مع غيره لان غير المقسوم ليس تبعاً للمقسوم بل هو أصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق وكذلك الدور عند
 أبي حنيفة لا تقسم قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل واحدة على حدتها سواء كانتا منفصلتين أو
 متلاصقتين وعندهما ينظر القاضي في ذلك ان كان الاعدل في الجمع جمع وان كان الاعدل في التفريق فرق وكذا
 لو كان بينهما أرضان أو كرمان فهو على الاختلاف وأما البتان فيقسمان قسمة جمع اجماعاً متصليين كانا أو منفصلين
 وكذا المنزلان المتصلان وأما المنفصلان في دار واحدة فعلي الخلاف وجه قولهما ان الدور كلها جنس واحد
 والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض الى رأى القاضي ان رأى الاعدل في التفريق فرق
 وان رأى الاعدل في الجمع جمع (ولابى) حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الرقيق ان القسمة فيها باعتبار أعيانها
 ويقع ضرر التفاوت متفاحشاً بين دار ودار لا اختلاف الدور في أنفسها واختلافها باختلاف البناء والبقاع فكانا
 في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار القيمة تقع تصرفاً في غير محله فلا يصح ولو اقتسما بانفسهما أو بالقاضي
 بتراضيهما جازلما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وأما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا تجمع بالاجماع بل يقسم كل
 واحد على حدة لا اختلاف الجنس ومنها الطلب في أحد نوعي القسمة وهو قسمة الجبر حتى انه لو لم يوجد الطلب
 من أحد من الشركاء أصلاً لم تجز القسمة لان القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير والتصرف في ملك الغير من
 غير إذنه محظور في الاصل الا انه عند طلب البعض يرتفع الخطر لانه اذا طلب علم انه له في استيفاء هذه الشركة
 ضرراً اذ لو كان الطلب لتكامل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه ان يمتنع من الاضرار ديانة فاذا ابى القسمة علم انه لا يمتنع
 فيدفع القاضي ضرره بالقسمة فكانت القسمة في هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضي نصب له ونظيره الشفعة
 فان الشفيع يملك الدار على المشتري بالشفعة من غير رضاد فعلا ضرره لانه لما طلب الشفعة علم انه يتضرر بجواره
 فالشرع دفع ضرره عنه باثبات حق التملك بالشفعة جبراً عليه كذا هذا (ومنها) الرضا في أحد نوعي
 القسمة وهو رضا الشركاء فيما يتسمونه بانفسهم اذا كانوا من أهل الرضا أو رضامن يقوم مقامهم اذا لم يكونوا
 من أهل الرضا فان لم يوجد لا يصح حتى لو كان في الورثة صغير لا وصي له أو كبير غائب فاقسموا فالقسمة
 باطله لما ذكرنا ان القسمة في معنى البيع وقسمة الرضا أشبه بالبيع ثم لا يملكون البيع الا بالتراضي فكذا القسمة
 الا اذا لم يكونوا من أهل الرضا كالصبيان والمجانين فيقسم الولي أو الوصي اذا كان في القسمة منفعة لهم لانهم يملكان
 البيع فيملكان القسمة وكذا اذا كان فيهم صغير وله ولي أو وصي يقتسمون برضا الولي أو الوصي فان لم يكن نصب
 القاضي عن الصغير وصياً واقتسموا برضاه فان أبى ترافعوا الى القاضي حتى يقسم بينهم ومنها حضرة الشركاء أو من
 يقوم مقامهم في نوعي القسمة حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلاً ولا يقسم القاضي أيضاً اذا لم يكن عنه
 خصم حاضر ولكنه لو قسم لا تنقص قسمته لانه صادق محل الاجتهاد فلا ينة تض ومنها البيئة في قسمة القضاء في
 الاقرار بميراث الاقرار عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ليست بشرط ويتقسم باقرارهم فنقول جملة الكلام
 في بيان هذين الشرطين ان جماعة اذا جاؤا الى القاضي وهم عقلاء بالغون أئحفاء في أيديهم مال فاقروا انه ملكهم
 وطلبوا القسمة من القاضي فهذا لا يخلو في الاصل من أحد وجهين (اما) ان يقروا بالملك مطلقاً عن ذكر سبب
 واما ان يقروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من أحد وكل وجه على وجهين (اما) ان يكون المال الذي
 في أيديهم منقولاً واما ان يكون عقاراً فان أقروا بالملك مطلقاً عن سبب الانتقال قسم باقرارهم ويذكر في الاشهاد
 في كتاب الصك اني قسمت باقرارهم ولم أقض فيه على أحد ولا يطلب منهم البيئة على أصل الملك منقولاً

كان المال أو عقاراً إذا لم يكن فيهم كبير غائب لانه وجد دليل الملك وهو اليد والاقرار من غير منازع ولا دعوى انتقال الملك من أحد اليه فان كان فيهم كبير غائب لم يقسم لما ذكرنا ان حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم شرط ولم يوجد لان الخصوم في هذا الموضع لا يصلحون خصماً عن الغائب وان أقر وبالملك بسبب الميراث بأن قالوا هو بيننا ميراث عن فلان فان كان المال منقولاً قسم بينهم باقرارهم بالاجماع ولا تطلب منهم البينة وان كان فيهم كبير غائب بعد ان كان الحاضر ان اثنين كبيرين أو أحدهما صغير قد نصب عنه وصي وان كان المال عقاراً فلا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يقسم بينهم باقرارهم ويشهد على ذلك في الصك (وجه) قولهما أن محل قسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك وهو اليد والاقرار بالارث من غير منازع فصادت القسمة محلها فيقسم ويكتب انه قسم باقرارهم كما في المنقول ولان البينة انما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من تقام البينة (وجه) قول أبي حنيفة ان هذه قسمة صادفت حق الميت بالا بطل فلا تصح الا بيينة كدعوى الاستحقاق على الميت وبيان ذلك ان الدار قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل ان الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه حتى لو كانت التركة شجرة فثمرت كان الثمر له حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه فكانت القسمة تصرفاً على ملكه بالا بطل فلا يجوز الا بيينة بخلاف المنقول لان القسمة ليس قطعاً لحق الميت بل هي حفظ حق الميت لان المنقول محتاج الى الحفظ والقسمة نوع حفظ له وأما العقار فستغن عن الحفظ فبقيت قسمته قطعاً لحقه فلا يملك الا بيينة وأما قولهما لا منكر ههنا فعلى من تقام البينة (قلنا) تقام على بعض الورثة من البعض وان كانوا مترين وذلك جائز كلاب أو الوصي اذا أقر على الصغير لا يصح اقراره الا بالبينة ولا منكر ههنا كذا هذا اذا أقر وبالملك بسبب الارث فان أقر وابه بسبب الشراء من فلان الغائب فان كان المال منقولاً قسم بينهم باقرارهم بخلاف وان كان عقاراً ذكر في ظاهر الرواية انه يقسم باقرارهم ولا تطلب منهم البينة على الشراء من فلان و الفرق بين الشراء وبين الميراث وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يقسم الا بالبينة كالميراث (وجه) هذه الرواية انهم لما أقروا انهم ملكوه بالشراء من فلان فقد أقروا بالملك له وادعوا الانتقال اليهم من جهة فاقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة ومحتاجة الى الدليل وهو البينة (وجه) ظاهر الرواية وهو الفرق بين الشراء وبين الميراث ان امتناع القسمة في الميراث بنفس الاقرار لما يتضمن من ابطال حق الميت وذلك منعدم في باب البيع اذا لحق باق البائع في المبيع بعد البيع والتسليم فصادت محلها فصحت هذا اذا لم يكن في الورثة كبير غائب أو صغير حاضر فان كان فاقروا بالميراث فلا يشكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يقسم باقرارهم لانه لا يقسم بين الكبار الحضور فكيف يقسم ههنا وأما عندهما فينظر ان كانت الدار في يد الكبار الحضور يقسم بينهم لما بينا ويضع حصة الغائب على يد عدل يحفظه لان بعض الورثة خصم من البعض وينصب عن الصغير وصياً وان كانت الدار في يد الغائب الكبير أو في يد الحاضر الصغير أو في أيديهما من ههنا لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاجماع لانه اذا كان في يده من الدار شيء فالحاجة الى استحقاق ذلك من يده فلا يصح الا بيينة هذا اذا لم تقم البينة على ميراث العقار فاما اذا قامت البينة عليه وطلبوا القسمة فانه ينظر ان كان الحاضر اثنين فصاعداً والغائب واحداً أو أكثر وفيهم صغير حاضر فانه يقسم ويعزل نصيب كل كبير وصغير فيوكل وكيلاً يحفظه بخلاف الملك المطلق اذا حضر شر كان وشريك غائب أنه لا يقسم (وجه) الفرق ما ذكرنا أن قسمة العقار تصرف على الميت وقضاء عليه بتقطع حقه عن التركة وكل واحد من الورثة قائم مقام الميت فيما له وعليه ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب ويرد عليه فاذا كان الحاضر اثنين فصاعداً أمكن ان يجعل أحدهما خصماً عن الميت في القضاء عليه والآخر مقضياً له فتصح القسمة وان كان الحاضر واحد أو الباقون غيباً لم يقسم لانه لا يمكن أن يجعل هو خصماً عن الميت حتى تسمع البينة عليه لاستحالة كون الشخص الواحد في زمان واحد بمجهة واحدة مقضياً له وعليه وان كان مع الحاضر وارث

صغير نصب القاضي عنه وصيا وقسم لان القسمة ههنا ممكنة لوجود متقاسمين حاضرين واذا قسم المنقول بين الورثة باقرارهم أو العقار بالينة عند أبي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير غائب فعزل نصيبه ووضع على يدي عدل ثم حضر الغائب فان أقر كما أقر أو أولئك فقد مضى الامر وان أنكر ترد القسمة في المنقول بالاجماع وكذلك في العقار عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة عليه الرحمة في العقار لا ترد القسمة لان القسمة المبنية على البينة قد تقدمت على الغائب فلا يعتبر إنكاره ولو كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب فطلب الموصي له بالثلث القسمة بعدما أقام البينة على الميراث والثلث قسم لان الموصي له بمنزلة واحدة من الورثة فاذا كان معه وارث حاضر فكانه حاضرا ثان من الورثة ولو كان كذلك قسم وان كان الباقيون غيباً كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون المقسوم عليه مالاً للمقسوم وقت القسمة وهو ان يكون له فيه ملك فان لم يكن لم تجز القسمة لما سنده ان شاء الله تعالى

فصل في الرجوع الى المقسوم فواحد وهو ان يكون المقسوم مملوكاً للمقسوم له وقت القسمة فان لم يكن لا تجوز القسمة لان القسمة افراز بعض الانصاء ومبادلة البعض وكل ذلك لا يصح الا في المملوك وعلى هذا اذا استحققت العين المقسومة تبطل القسمة في الظاهر وفي الحقيقة تبين انها لم تصح ولو استحق شيء منها تبطل في القدر المستحق ثم قد تستأنف القسمة وقد لا تستأنف ويثبت الخيار وقد لا يثبت وبيان هذه الجملة انه اذا ورد الاستحقاق على المقسوم لا يخلو الامر فيه من أحد وجهين اما ان ورد على كده واما ان ورد على جزء فان ورد على كل المقسوم تبطل القسمة وفي الحقيقة لم تصح من الاصل لانعدام شرط الصحة وهو الملك المشترك فتستأنف القسمة وان ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع منه واما ان ورد على جزء معين من أحد النصيبين فان ورد على جزء شائع لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا واما ان ورد على جزء شائع من أحد النصيبين دون الآخر فان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا كالدار المشتركة بين رجلين نصيبين اقتسماها فاخذ أحدهما ثلثا من مقدمها وأخذ الآخر ثلثين من مؤخرها وقيمتها سواء بان كانت قيمة كل واحد منهما ستائة درهم مثلا فاستحق نصف الدار فاستأنف القسمة بالاجماع لانه بالاستحقاق تبين ان نصف الدار شائع لملك المستحق فتبين ان القسمة لم تصح في النصف الشائع وذلك غير معلوم فبطلت القسمة أصلا وان استحق نصف نصيب صاحب المقدم شائعاً تستأنف القسمة أيضا عند أبي يوسف رحمه الله لانه ظهر ان المستحق شريكهما في الدار فظهر ان قسمتهما لم تصح دونه فتستأنف القسمة كما اذا ورد الاستحقاق على نصف الدار شائعاً وعند أبي حنيفة ومحمد عليهم الرحمة له الخيار ان شاء أمسك ما في يده ورجع بباقي حصته وهو مثل ما استحق في نصيب الآخر وان شاء فسخ القسمة لان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراءه لان المانع من الصحة انعدام الملك وذلك في القدر المستحق لا في ما وراءه وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق انعدامها في الباقي لان معنى القسمة وهو الافراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق هذا القدر في الباقي فلا تبطل القسمة في الباقي بخلاف ما اذا استحق نصف الدار شائعاً لان هناك وان ورد الاستحقاق على النصف فوجب بطلان القسمة فيه مقصوداً لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى القسمة في الباقي أصلاً وههنا لم ينعدم فلا تبطل لكن يثبت الخيار ان شاء رجع بباقي حصته في نصيب شريكه وذلك مثل نصف المستحق لان القدر المستحق من النصيبين جميعا فيرجع عليه بذلك وهو ربع نصيبه ان شاء وان شاء فسخ القسمة لاختلاف معناها ولدخول عيب الشركة اذا الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار وذكر الطحاوي رحمه الله الخلاف في المسئلة بين أبي حنيفة وصاحبيه ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع على صاحبه بربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يفرم نصف قيمة ما باع لشريكه ويضمه الى ما في يد شريكه ويقتسمان نصيبين (وجه) قول أبي يوسف ما بينا ان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح أصلاً

وان البيع كان فاسداً فيضمن نصف قيمة ما باع شر يملكه ثم يقتسمان الباقي نصفين (وجهه) قولهما ما ذكرنا في المسئلة المقدمة الا أن ههنا لا يثبت خيار الفسخ لما منع وهو البيع فيرجع على صاحبه بر بع ما في يده ولو استحق نصف معين من أحد النصيبين لا تبطل القسمة بالاجماع لما ذكرنا في المسائل المتقدمة بل أولى لان الاستحقاق ههنا ورد على جزء معين فلا يظهر ان المستحق كان شر يكالهما فلا تبطل القسمة لكن يثبت الخيار والمستحق عليه ان شاء نقض القسمة لان الاستحقاق أوجب انتفاض العقود عليه والانتفاض في الايمان المجتمعة عيب فيثبت الخيار وان شاء رجع على صاحبه بر بع ما في يده لما بينا أن القدر المستحق من النصيبين جميعاً ولو استحق كل ما في يده لرجع عليه بالنصف فاذا استحق النصف يرجع بالبر بع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا مائة شاة بين رجلين اقتسماها فأخذ أحدهما أربعين تساوى خمسائة درهم وأخذ الآخر ستين تساوى خمسائة درهم فاستحققت شاة من الاربعين تساوى عشرة دراهم لم تبطل القسمة بالاجماع لانه تبين أن القسمة صادفت المملوك فيأوراء القدر المستحق والمستحق معين فلا تظهر الشركة هنا أصلاً فلا تبطل القسمة ولكن يرجع على شريكه بحقه وهو خمسة دراهم لان المستحق من النصيبين جميعاً عشرة دراهم والله سبحانه وتعالى أعلم كرحنطة بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد وثلاثون رديء فاقسماها فأخذ أحدهما عشرة أقفزة جيدة ووثبوا وأخذ الآخر ثلاثين رديئاً حتى جازت القسمة فاستحق من الثلاثين عشرة أقفزة يرجع على صاحبه بنصف الثوب استحسنانا والقياس ما ذكره في الزوائد انه يرجع عليه بثلاث الثوب وثلاث الطعام الجيد ووجهه أن الاستحقاق ورد على عشرة شائعة في الثلاثين فكان المستحق في الحقيقة من كل عشرة ثلثها وذلك يوجب الرجوع بثلاث الطعام الجيد وجه الاستحسان أن طريق جواز هذه القسمة أن تكون العشرة بمائة العشرة والعشرون بمائة الثوب فاذا استحق منه عشرة وانه بمائة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب وقوله للمستحق عشرة شائعة في الثلاثين لا العشرة المعينة وهي التي من حصة الثوب فنعلم هذا هو الحقيقة الا أننا لو عملنا بهذه الحقيقة لا محتجنا الى نقض القسمة واعادتها ولو صرفنا الاستحقاق الى عشرة هي من حصة الثوب لم نحتاج الى ذلك وتصرف العاقل تجب صيانتها عن النقض والابطال ما أمكن وذلك فيما قلناه وعلى هذا أرض بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرساً فنقض البناء وقلع الغرس لم يرجع المستحق عليه على صاحبه بشيء من قيمة البناء والغرس والاصل فيه أن كل قسمة وقعت باجبار القاضى أو باختيار الشرى يكون على الوجه الذى يجبرهما القاضى لو ترفعاً اليه ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرساً فنقض وقلع لا يرجع بشيء من ذلك على صاحبه لان صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضى فيكون مضافاً الى القاضى أما اذا وقعت القسمة باجبار القاضى فلا شك فيه وكذا اذا اقتسما بأنفسهما لان ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت جبر القاضى عند المرافعة اليه واذا كان مجبوراً عليه فلم يوجد منه ضمان السلامة فلا يؤخذ بضمان الاستحقاق اذ هو ضمان السلامة ونظير هذا الشفع اذا أخذ العقار من المشتري بالشفعة وبنى فيه أو غرس ثم استحق وقلع البناء لا يرجع بقيمة البناء على المشتري لانه ما ملكه باختياره بل أخذ منه جبراً وكذلك قال محمد في الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من أهل الحرب ثم أخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الذى أخذها من يده لانه لم يأخذها منه باختياره بل كرها وجبراً وكذلك الاب اذا وطئ جارية ابنه فأعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الابن لانه تملكها من غير اختيار الابن وقال أبو يوسف اذا غصب جارية فأبقت من يده فأدى ضمانها ثم عادت الجارية فاستولدها الغاصب ثم استحققت له أن يرجع بقيمة الولد على المولى لانه كان مختاراً في أخذ القيمة من الغاصب فكان ضماناً السلامة فيرجع عليه بحكم الضمان وعلى هذا داران أو أرضان بين رجلين اقتسما فأخذ كل واحد منهما احدهما وبنى فيها ثم استحققت رجوع بنصف قيمة البناء عند أبي حنيفة لان القاضى لا يجبر على قسمة الجمع في الدور والعقارات عنده فاذا اقتسما بأنفسهما كانت القسمة منهما مبادلة

فأشبهت البيع فكان كل واحد منهما ضامنا لسلامة النصف لصاحبه فاذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما في البيع وأما عندهما فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يرجع لان القاضي يجبر على هذه القسمة عندهما فأشبهه استحقاق النصف من دار واحدة وقال بعضهم يرجع وعليه اعتمد القدوري عليه الرحمة وهو الصحيح لان القاضي انما يجبر على قسمة الجمع ههنا عندهما اذا رأى الجمع أعيدل ولا يعرف ذلك من رأى القاضي اذا فعلا بأقسامهما ولو كانتا جارتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استجعت رجعا على شريكه بالنصف عند أبي حنيفة لان القاضي لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فاذا اقتسما بتراضيهما أشبه البيع على ما ذكرنا وأما عندهما فينبغي أن لا يرجع كذا ذكره القدوري عليه الرحمة وفرق بين الرقيق وبين الدور وبينهما فرق لان القاضي هناك لا يجبر على الجمع عينا ولكنه يراعى الاعدل في ذلك من التفريق والجمع وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلامة من صاحبه فلا يرجع عليه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل اذا اقتسم قوم دار أو فيها كنيف شارع على الطريق أو ظله فان كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار لان رقبة الارض ليست بمملوكة لا حد بل هي حق العامة وان كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لان له في السكة مسلكا فأشبهه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم

بم فصل ١٠ وأما صفات القسمة فانواع منها أن تكون عادلة غير جائرة وهي أن تقع تعدى لالانصبا من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لان القسمة اقرار بعض الانصبا ومبادلة البعض ومبنى المبادلات على المراضاة فاذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ولا اقرار نصيبه بكامله لبقاء الشركة في البعض فلم تجز وتعاد وعلى هذا اذا ظهر الغلط في القسمة المبادلة بالينة أو بالاقرار تستأنف لانه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يستحق بكامله ولو ادعى أحد الشرى يكن الغلط في القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان المدعى أقر باستيفاء حقه واما ان كان لم يقر بذلك فان كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا في دعواه لان الاقرار باستيفاء الحق اقرار بوصول حقه اليه بكامله ودعوى الغلط اخبار أنه لم يصل اليه حقه بكامله فيتناقض وان كان لم يقر باستيفاء حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لان القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها الا بحجة فان اقام البينة أعيدت القسمة لما قلنا وان لم تقم له بينة وانكر شريكه فأراد استخلافه حلقه على ما ادعى من الغلط لانه يدعى عليه حقا هو جازر الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف وبيان ذلك دار بين رجلين اقتسما واستوفى كل واحد منهما حقه ثم ادعى أحدهما غلطا في القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل البينة على الغلط فان اقام البينة والا فيحلف شريكه ان شاء لما قلنا فان حلف أحد الشرى يكن ونكل الآخر فان كان الشرى ثلاثة يجمع بين نصيب المدعى وبين نصيب الناكل فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان نكوله دليل كون المدعى صادقا في دعواه في حقه فكان حجة في حقه لا في حق الشريك الخالف فلم تصح القسمة في حقهما فتعاد في قدر نصيبهما وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض في المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين داران اقتسما فأخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى أحدهما الغلط في القسمة وأقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند أبي حنيفة وعليه الرحمة وعندهما لا تبطل ولكن يقضى للمدعى بذلك الذرع من الدار الاخرى وبنوا هذه المسئلة على بيع ذراع من دارانه لا يجوز عنده وعندهما جائز وجه البناء ان قسمة الجمع في الدور بالتراضي جائزة بلا خلاف ومعنى المبادلة وان كان لازما في نوعي القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه واذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اقتسما دارا بينهما فأخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه انه وقع في قسمته وأقام بينة سمعت بينته وان أقام جميعا البينة أخذت بينة المدعى لانه خارج وان كان قبل الاشهاد والقبض تحالفا وترادا وكذا لو اختلفا في الحدود فدعى كل واحد منهما حدا في يد صاحبه أنه أصابه وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بالحسد الذي في يد صاحبه لان كل

واحد منهما عما في يد صاحبه خارج وان قامت لاحدهما بينة يقضى بينته وان لم تقم لهما بينة تحالفا وهل ينسخ العقد بنفس التحالف أم يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ فيه على ما عرف في البيوع ولو اقتسم رجلان اقرحة فأخذ أحدهما قراحين والاخر أربعاً ثم ادعى صاحب القراحين أن أحداً الاقرحة الاربعه أصابه في قسمته وأقام البينة قضى له به لما قلنا وكذلك هذا في أثواب اقتسمها فأخذ كل واحد بعضها ثم ادعى أحدهما أن أحد الاثواب الذي في يد صاحبه أصابه في قسمته وأقام البينة قضى له به ولو ادعى كل واحد منهما على صاحبه ثوباً مما في يده أنه أصابه في قسمته وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بما في يده الا خلافاً كل واحد منهما عما في يد صاحبه خارج ولو اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمسة وخمسين وأصاب الاخر خمسة وأربعين ثم ادعى صاحب الاوكس الغلط في القسمة أو الخطأ في التقويم لم تقبل منه الا بينة ولو قال أخطأ في العدد وأصاب كل واحد من الخمسين وهذه الخمسة في قسمته وأنكر الاخر تحالفاً وان أقام كل واحد منهما البينة ردت القسمة ولو قال أحدهما لصاحبه أخذت أنت احدي وخمسين غلطاً وأخذت أنا تسعة وأربعين وقال الاخر ما أخذت الا خمسين فالقول قوله مع يمينه لانه منكر لا ستيفاء الزيادة على حقه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج قسمة عرصه الدار بالذرع أنه يحسب في القسمة كل ذراعين من العلو بذراع من السفلى عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحسب ذراع من السفلى بذراع من العلو وعند محمد يحسب على القيمة دون الذرع زعم كل واحد منهم ان التعديل فيما يقوله والخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة وبين أبي يوسف مبنى على الخلاف في مسئلة أخرى وهي أن صاحب العلو ليس له أن يبني على العلو من غير رضا صاحب السفلى وان لم يضر بصاحب السفلى من حيث الظاهر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف له أن يبني ان لم يضر البناء به ووجه البناء أن صاحب العلو اذا ملك البناء على علوه عند أبي حنيفة رحمه الله كان للعلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فحسب للسفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء عليه وكذا السفلى كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب فيه فأما العلو فلا يصلح الا للسكنى خاصة فكان للسفل منفعتان وللعلو منفعة واحدة فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين وعند أبي يوسف لما ملك صاحب العلو ان يبني على علوه كانت له منفعتان أيضاً فاستوى العلو والسفل في المنفعة فوجب التعديل بالسوية بينهما في الذرع وأما محمد فاعلم اعتبر القيمة لان احوال البلاد وأهلها في ذلك مختلفة فمنهم من يختار السفلى على العلو ومنهم يختار العلو على السفلى فكان التعديل في اعتبار القيمة والعمل في المسئلة على قول محمد رحمه الله وهو اختيار الطحاوي رحمه الله ويحتمل أن أبا حنيفة انما فضل السفلى على العلو بناء على عادة أهل الكوفة من اختيارهم السفلى على العلو وأبو يوسف انما سوى بينهما على عادة أهل بغداد لا استواء العلو والسفل عندهم فأخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة أهل زمانه ومحمد بنى الفتوى على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان فكان الخلاف بينهما من حيث الصورة لا من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم وبيان ذلك في سفلى بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما أراد اقتسمتهما يقسم البناء على القيمة بخلاف وأما العرصه فتقسم بالذرع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فعند أبي حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند أبي يوسف ذراع بذراع ولو كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من العلو والسفل بثلاثة أذرع من العلو ارباعاً عنده لما ذكرنا من الاصل فكانت القسمة ارباعاً وعند أبي يوسف ذراع من السفلى والعلو بذراعين من العلو لا استواء السفلى والعلو عنده فكانت القسمة اثلاثاً ولو كان بينهما بيت تام سفلى وعلو وسفل آخر فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من السفلى والعلو بذراع ونصف من السفلى وذراع من السفلى البيت بذراع من السفلى الاخر وذراع من علوه بنصف ذراع من السفلى الاخر وعند أبي يوسف ذراع من التام بذراعين من السفلى والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا اقتسما داراً وفضلاً بعضها على بعض بالدراهم أو الدنانير

لفضل قيمة البناء والموضع أن القسمة جائزة لأنها وقعت عادلة من حيث المعنى لأن الدار قد يفضل بعضها على بعض
 بالبناء والموضع فكان ذلك تفضيلاً من حيث الصورة تعدى لاً من حيث المعنى ولوم يسمي قيمة فضل البناء وقت
 القسمة جازت القسمة استحساناً وتجب قيمة فضل البناء وإن لم يسميها في القسمة والقياس أن لا تجوز القسمة لأن
 هذه قسمة بعض الدار دون بعض لأن العرصة مع البناء بمنزلة شيء واحد وقيمة البناء بالقيمة فإذا وجدت القسمة
 بجهولة فوقعت القسمة للعرصة دون البناء بقيت وإنما غير جائزة وجه الاستحسان أن قسمة العرصة قد صحت
 بوقوعها في محلها وهو الملك ولا صحة لها إلا بتسمة البناء وذلك بالقيمة فتجبت على صاحب الفضل قيمة فضل البناء وإن
 لم يسم ضرورة صحة القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الأصل تخرج أيضاً قسمة الجمع في الأجناس المختلفة
 أنها غير جائزة جبراً بالاجماع لتعذر تعديل الانصباء إلا بالقيمة وإنما ليست محل القسمة على ماهر ولا يجوز في الرقيق
 والدور عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها في حكم الأجناس المختلفة ولا تقع القسمة فيها عادلة أو جائزة ولا تقسم إلا ولا في
 بطون الغنم لتعذر التعديل وعلى هذا يخرج رد المقتوم بالعيب في نوعي القسمة لأنه إذا ظهر به عيب فقد ظهر أنها وقعت
 جائزة عادلة فكان له حق الرد بالعيب كما في البيع ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما في البيع إلا
 أن في البيع يرجع بتمام النقصان وفي القسمة يرجع بالنصف لأن النقصان في القسمة يرجع بالنصيبين جميعاً فيرجع
 بنصف النقصان من نصيب شريكه وأما الرد بخيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة الرضا لأن القسمة فيها معنى
 المبادلة وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين فيثبت فيه خيار الرؤية كما في البيع ولا يثبت في
 قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة لأنه لو ردها بخيار الرؤية والشرط لا جبره القاضي ثانياً فلا يفيد والله
 سبحانه وتعالى أعلم ولا تجب الشفعة في القسمة لأن حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس والقسمة
 مبادلة من وجه فلا تحتل الشفعة ولا نهالو وجبت لا يخلو ما أن تجب للشريك أو للجار لا سبيل إلى الأول لأن الشفعة
 تجب لغير البائع والمشتري ولا سبيل إلى الثاني لأن الشريك أولى من الجار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الوجوب
 عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته وكذا فيما ينتفع بها أحدهما ويستضر
 الآخر عند طلب المنتفع بالاجماع وعند طلب المستضر اختلاف روايتي الحاكم والقنطري رحمهما الله وقد ذكرناه
 والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اللزوم بعد تمامها في النوعين جميعاً حتى لا يحتمل الرجوع عنها إذا تمت وأما قبل التمام
 فكذلك في أحد نوعي القسمة وهو قسمة القضاء دون النوع الآخر وهو قسمة الشركاء بيان ذلك أن الدار إذا
 كانت مشتركة بين قوم فقسمها القاضي أو الشركاء بالتراضي فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع وكذا
 إذا خرج الكل الأسهم واحد لأن ذلك خروج الأسهم كلها لكون ذلك السهم متعيناً بمن بقي من الشركاء وإن خرج
 بعض الأسهم دون البعض فكذلك في قسمة القضاء لأنه لو رجع أحدهم لا جبره القاضي على القسمة ثانياً فلا يفيد
 رجوعه وأما في قسمة التراضي فيجوز الرجوع لأن قسمة التراضي لا تتم إلا بعد خروج الأسهم كلها وكل عاقد بسبيل
 من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما في البيع ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم القسمة فنقول والله التوفيق حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسوم عيناً تصرفاً فيه
 فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع في نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها
 ووقع البناء في نصيب الآخر فلصاحب الساحة أن يبنى في ساحته وله أن يرفع بناءه وليس لصاحب البناء أن يمنعه
 وإن كان يفسد عليه الريح والشمس لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه وكذا له أن يبنى في ساحته مخرجا أو
 تنورا أو حماماً أو رحي لما قلنا وكذا له أن يقعد في بناءه حداً أو قصاراً وإن كان يتأذى به جاره لما قلنا وله أن يفتح باباً
 أو كوة لساكنه ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلاً ففتح الباب والكوة أولى وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو
 كرباساً وإن كان يهسي بذلك حائط جاره ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحائط من ذلك

لا يضمن لانه لا صنع منه في ملك الغير والا صل ان لا يمنع الانسان من التصرف في ملك نفسه الا ان الكف عما يؤذى الجار أحسن قال الله تبارك وتعالى أعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا الى قوله تعالى والجار الجنب خصه سبحانه وتعالى بالا مراً بالاحسان اليه فليئن لا يحسن اليه فلا أقل من ان يكف عنه أذاه وعلى هذا دار بين رجلين ورجل فيهما طريق فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب الطريق منعهما عن القسمة لانهما بالقسمة متصرفان في ملك أنفسهما فلا يمنعان عنه فيقتسمان ما وراء الطريق ويتركان الطريق على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا من قبل ولو باعوا الدار والطريق فان كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم قسما وامر الطريق بينهم أثلاثاً وان كانت الرقبة لشريك الدار ولصاحب الطريق حق المرور حكي التدوير عن الكرخي رحمه الله ان لاشيء لصاحب الطريق من الثمن ويكون الثمن كله للشريكين وروى محمدان كل واحد من الشريكين يضرب بحقه من المنفعة ويضرب صاحب الطريق بحق المرور وطريق معرفة ذلك ان ينظر الى قيمة العرصه بغير طريق وينظر الى قيمتها وفيما طريق فيكون لصاحب الطريق فضل ما بينهما ولكل واحد من الشريكين نصف قيمة المنفعة اذا كان فيهما طريق (وجه) ما حكي عن الكرخي رحمه الله ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمل نبعاً للرقبة ألا ترى انه لو باعه وحده لم يحجز فاذا بيع الطريق باذنه فقد أسقط حقه أصلاً فلا يقابله ثمن (وجه) ما روى عن محمد ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمل تبعاً للرقبة وهبنا ما بيع مقصوداً بل نبعاً للرقبة فيقابل له ثمن لكن ثمن الحق لا ثمن الملك على ما ذكرنا وكذلك دار بين رجلين فيهما مسيل الماء فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب المسيل منعهما من القسمة لما قلنا بل يقسم الدار ويترك المسيل على حاله كما في الطريق وكذلك لو كان في الدار منزل لرجل وطريقه في الدار فارادا ان يقتسما الدار لا يمنعان من القسمة ولكن يتركان طريق المنزل على حاله على سعة عرض باب الدار لا على سعة باب المنزل على ما ذكرنا ولو أراد صاحب المنزل ان يفتح الى هذا الطريق باباً آخر له ذلك لانه متصرف في ملك نفسه ألا ترى ان له ان يرفع الحائط كله فهذا أولى ولو اشترى صاحب المنزل داراً من وراء المنزل وفتح باباً الى المنزل فان كان ساكن الدار والمنزل واحداً فله ان يمر من الدار الى المنزل ومن المنزل الى الطريق الذي في الدار الاولى لان له حق المرور في هذا الطريق وان كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس لساكن الدار ان يمر في الطريق الذي في الدار الاولى لانه لا حق له في هذا الطريق فيمنع من المرور فيه دار بين رجلين في سكة غير نافذة اقتسماها وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فاراد كل واحد منهما ان يفتح باباً أو كوة الى السكة له ذلك ولا يسع لاهل السكة منعهم الا ان كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه فيملكه ألا ترى ان له رفع الحائط أصلاً فالباب والكوة أولى وعلى هذا حائط بين قسيمين ولا حد القسيمين عليه جذوع الحائط الا خرفان شرطوا قطع الجذوع في القسمة قطعت لقول النبي عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان لم يشترطوا ترك على حالها لان الترك وان كان ضرراً لكنهم لم يشترطوا القطع في القسمة فقد انزمت الضرر وكذلك لو كان وقع على هذا الحائط درجة أو اسطوانة جمع عليها جذوع لما قلنا وكذلك وشنا وقع لصاحب العلو شرفاً على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفلى ان يقلع الروشن من غير شرط التلع لما قلنا ولو كان لاهدما اطراف خشب على حائط صاحبها فان كان مما يمكن ان يجعل عليها سقف لم يكلف قلعها وان كان لا يمكن كلف التلع لانه اذا أمكن ان يجعل عليها سقف أمكنه الانتفاع به فيلتحق بالحقوق فأشبه الروشن واذا لم يمكن نعدرا الحاقها بالحقوق فينتسلا هو لصاحبه بغير حق فيكلف قطعها ولو كان لاهدما شجرة أغصانها مظلة على نصيب الآخر قبل تقطع ذكرنا من سماعة رحمه الله انه لا تقطع لان في التقطع ضرراً لصاحبها وذاكرنا من رستم رحمه الله انه تقطع كما تقطع اطراف الخشب الذي لا يمكن تسقيفها ولو اختلف أهل طريق في الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسمية على عند الرئس لا على درمار الاور والمنازل لانهم استتوا في اليد لا استوائهم في المرور فيه الا ان يقوم لاهد عمية فبسط اعتبار البدل بالبدل لرجل وفيها طار في بينه وبين

رجل فمات صاحب الدار فاقسمت الورثة الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينه وبين الرجل نصفين لا على عدد الرؤس حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة وبينه نصفين لا على عدد الرؤس لأن الورثة قاموا مقام المورث وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينه وبينهم ولو لم يعرف أن الدار ميراث بينهم وجدوا ذلك فالطريق بينهم بالسوية على عدد الرؤس لا ستوائهم في اليد على مامر والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل وأما بيان ما يوجب تنقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذي يوجب تنقض القسمة بعد وجودها أنواع (منها) ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم وبيان ذلك أن الورثة إذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون للميت مال آخر سواء وإما أن لم يكن فإن لم يكن له مال سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم تنقض القسمة سواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن لأن الدين مقدم على الإرث قليلاً كان أو كثيراً قال الله تبارك وتعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين قدم سبحانه وتعالى الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير لأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة تبين أنه لا ملك للورثة فيها إلا من حيث الصورة بل هي ملك للميت يتعلق بها بحق الغرماء وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة فقيام الملك والحق أولى وإذا لم يكن محيطاً بالتركة فملك الميت وحق الغرماء وهو حق الاستيفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة فإن لم يكن للميت مال آخر سواء يجعل الدين فيه وتمضي القسمة لأن القسمة تصان عن النقض ما أمكن وقد أمكن صيانتها بجعل الدين فيه وكذا الورثة إذا قضوا الدين من مال أنفسهم لا تنقض لأن حق الورثة كان متعلقاً بصورة التركة وحق الغرماء بمعناها وهو المالية فإذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لا أنفسهم صورة ومعنى فتبين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى فتبين أنها وقعت صحيحة فلا تنقض وكذلك إذا أبرأه الغرماء من ديونهم لا تنقض القسمة لأن النقض لحقهم وقد أسقطوه بالبراءة وكذلك إذا ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بأن ادعى ديناً على الميت وأقام البينة عليه فله أن ينقض القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته إبراء من الدين لأن حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليته لا بالصورة ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص وإذا كان كذلك فلا يكون إقدامه على القسمة إقراراً منه لأنه لا دين له على الميت فلم يكن مناقضاً في دعواه فسمعت (ومنها) ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم أظهر ثم موصى له بالثلث نقضت قسمتهم لأن الموصى له شريك الورثة ألا ترى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعاً والباقي على الشراكة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث آخر غائب تنقض فكذا هذا وهذا إذا كانت القسمة بالتراضي فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض (ومنها) ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه حتى لا تسمع منه البينة لكونه مناقضاً في الدعوى إذا لا تصح قسمتهم الميراث ثم موصى له فكان إقدامه على القسمة إقراراً منه بانعدام الوصية فكان دعوى وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الأب لأنه لا يملك إبطال حقه وكذلك لو ادعى بعض الورثة أن أخاه من أبيه وأمه وورث أباه معهم وأنه مات بعد موت الأب وورثه هذا المدعى وجد الباقون ذلك فأقام المدعى البينة لا تقبل بينته لأنه مناقض في دعواه لدلالة إقراره بانعدام وارث آخر بإقدامه على القسمة وكذلك كل ميراث يدعيه أو شراء أو هبة أو صدقة أو وصية بعد القسمة للتناقض بدلالة الإقدام على القسمة والله تعالى أعلم دار بين رجلين أقرأ أحدهما بيت من الرجل وأنكر الآخر يصح إقراره لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لأن هذا الإقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الآخر بل هو موقوف وإذا لم يتعلق بالعين

لا يمنع جواز القسمة فتقسم الدار ويجبر على القسمة متى قسمت فان وقع البيت المقر به في نصيب المقر دفعه الى المقر له لان الاقرار قد صح وتسليم عين المقر به ممكن فيؤمر بالتسليم وان وقع في نصيب بشر بكذا يدفع اليه قدر ذرع المقر به من نصيب نفسه فيقسم ما أصابه بينه وبين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت ويضرب المقر بنصف ذرع الدار بعد البيت وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما الرحمة وقال محمد رحمه الله يضرب المقر بنصف ذرع الدار كما قالوا ولكن المقر له يضرب بنصف ذرع البيت لا بكنه حتى لو كان ذرع الدار مائة وذرع البيت عشرة فتقسم الدار بينهما نصفين يكون المقر له عشرة أذرع عندهما لانه جميع ذرع البيت والباقي وهو خمسة وأربعون للمقر لانه نصف ذرع الدار بعد ذرع البيت وعند محمد رحمه الله يكون المقر له خمسة أذرع اذ هو نصف ذرع البيت المقر به (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاقرار صادق محلا معينا مشتركا بينه وبين غيره لان كل جزأين من الدار أحدهما الدار الآخر لصاحبه على الشيوخ فيبطل في نصيب صاحبه ويصح في نصيبه وذلك بوجوب المقر له نصف ذرع البيت (وجه) قولهما ان الاقرار بالمشترك لا يتعلق بالعين قبل القسمة بل هو موقوف وانما يتعلق بها بعد القسمة ألا ترى انه لم يمنع حصة القسمة ولو يتعلق بالعين لمنع فاذا قسمت الدار الآن يتعلق بالعين فان وقع المقر به في نصيب المقر يؤمر بالتسليم لانه قادر على تسليم العين وان وقع في نصيب صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيؤمر بتسليم بدله من نصيبه وهو تمام ذرع المقر به هذا اذا كان المقر به شيئا يحتمل القسمة فان كان مما لا يحتمل القسمة كبيت من حمام مشترك بينه وبين غيره أقر انه لرجل وأكر صاحبه فيصح اقراره ولكن يجبر على قسمته لان قسمة الاضرار فيما لا يحتمل الجبر على ما ذكرناه في موضعه ويلزمه نصف قيمة البيت لانه عجز عن تسليم العين والاقرار بعين معجوز التسليم يكون اقرارا ببدله تصحيحا لتصرفه وصيانة لحق الغير بالتقدير الممكن كالاقرار بجذع في الدار والله تعالى أعلم

فصل في هذا الذي ذكرنا قسمة الاعيان (وأما) قسمة المنافع فهي المسماة بالمهايات والكلام فيها في مواضع في بيان أنواع المهايات وما يجوز منها وما لا يجوز وفي بيان محل المهايات وفي بيان صفة المهايات وفي بيان ما يملك كل واحد من الشريكين من التصرف بعد المهايات وما لا يملك (أما) الاول فالمهايات نوعان نوع يرجع الى المكان ونوع يرجع الى الزمان (أما) النوع الاول فهو أن تهايات في دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة منها يسكنها وانه جائز لان المهايات قسمة فتعتبر بنسبة العين وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع وكذلك لو تهايات على أن يأخذ أحدهما السفلى والآخر العلو جاز ذلك لما قلنا ولا يشترط بيان المدة في هذا النوع لان قسمة المنافع ليست بتبادلة المنفعة لان مبادلة المنفعة بمنسبها غير جائزة عندنا كاجازة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة وكذلك لو تهايات في دارين وأخذ كل واحد منهما دارا يسكنها أو يستعملها فهو جائز بالاجماع (أما) عند أبي يوسف ومحمد فلا شك فبدلان قسمة الجمع في عين الدور جائزة فكذا في المنافع (وأما) أبو حنيفة رحمه الله فيحتاج الى الفرق بين العين وبين المنفعة (وجه) الفرق لادان الدور في حكم أجناس مختلفة لتفاوت التفاوت بين دار ودار في نفسها وبنائها وموضعها ولا يجوز قسمة الجمع في جنسين مختلفين على ما مر (وأما) التفاوت في المنافع فقل ما يتفاوت على بل يتقارب فلم يلحق منافع الدارين بالأجناس المختلفة فجازت القسمة وكذلك لو تهايات في عيدين على الخدمة جاز بالاجماع (أما) عندهم اطلاق قسمة الجمع في أعيان الرقيق جائزة وكذا في منافعها (وجه) الفرق لابي حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرناه في الدارين ولو تهايات في عيدين فأخذ كل واحد منهما عبدا يخدمه وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذي يخدمه جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجهه) ان طعام كل واحد من العبيدين على الشر يكتفي جميعا على المناصفة فاشترط كل طعام من كل واحد منهما على نفسه مخرج مخرج معاوضة بعض الطعام ببعض وانها غير جائزة للجهاالة (وجهه) الاستحسان ان هذا النوع من الجهاالة لا يفضي الى المنازعة لان مبنى الطعام على المساحة في العرف والعادة دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة

العبد الذي يخدمه انه لا يجوز لانه يجري في الكسوة من المضايقة ما لا يجري في الطعام في العرف والعادة فكانت
الجهالة في الكسوة مفضية الى المتازعة مع ما ان الجهالة في الكسوة تنفاحش بخلاف الطعام لذلك افترقا والله تعالى
أعلم (وأما) التهاؤ في الدواب بأن أخذ أحد هما دابة ليركبها والآخرة دابة أخرى من جنسها يستعملها وشرط
الاستغلال فغير جائز عند أبي حنيفة وعندهما جائز (وجهه) قولهما ظاهر لان قسمة الجمع في أعيان الدواب من
جنس واحد جائزة فكذا قسمة المنافع ولا يبيح حنيفة الفرق بين المنفعة وبين المنفعة انه يجوز قسمة الجمع في أعيانها ولم
يجوز في منافعها (وجهه) الفرق انها باعتبار أعيانها جنس واحد لكنها في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين بدليل
ان من استأجر دابة ليركبها لم يملك ان يؤجرها للركوب ولو فعل لضمن فاشبه اختلاف جنس المنفعة اختلاف
جنس العين واختلاف جنس العين عنده مانع جواز قسمة الجمع كذا في المنفعة بخلاف المهايئات في الدارين والعبدان
انها جائزة لان هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستأجر فيها يملك الاجارة من غيره فلم يختلف جنس
المنفعة فجازت المهايئات (وأما) النوع الثاني وهو المهايئات بالزمان فهو ان يتهايثا في بيت صغير على ان يسكنه هذا
يوما وهذا يوما أو في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وهذا جائز لقوله نبارك وتعالى قال هذه ناقة لها شرب
ولكم شرب يوم معلوم أخبر سبحانه وتعالى عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهايئات في الشرب ولم ينكره
سبحانه وتعالى والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهايئات بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع
الآخر من طريق الدلالة لانها أشبه بالمقاسمة من النوع الاول ولان جواز المهايئات بالزمان لمكان حاجات الناس
وحاجتهم الى المهايئات بالمكان أشد لان الأعيان كلها في احتمال المهايئات بالزمان شرع سواء من الأعيان مالا
يحتمل المهايئات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك فلان تجوز هذه اولى والله تعالى أعلم

فصل في المهايئات محل المهايئات فنقول ولا قوة الا بالله تعالى جل شأنه ان محلها المنافع دون الأعيان لانها قسمة
المنفعة دون العين فكان محلها المنفعة دون العين حتى انها لو تهايثا في نخل أو شجر بين شريكين على ان يأخذ كل واحد
منهما طائفة يستثمرها لا يجوز وكذلك اذا تهايثا في الغنم المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهم قطيعا وينتفع بالباقي
لا يجوز لما ذكرنا ان هذا عقد قسمة المنافع والتمر واللبن عين مال فلا تدخل تحت عقد المهايئات ولو تهايثا في الاراضي
المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهما نصفها وبذر عازل ان ذلك قسمة المنافع وهو معنى المهايئات والله سبحانه
وتعالى أعلم

فصل في اوصاف المهايئات فهي انها عقد غير لازم حتى لو طلب أحد هما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحاكم
بينهما وفسخ المهايئات لانها كالخلف عن قسمة العين وقسمة العين كالأصل فيما شرعت له القسمة لان القسمة
شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة العين اكمل ولهذا لو طلب أحد هما القسمة قبل المهايئات اجبره
الحاكم على القسمة فكان عقدا جائزا فاحتمل الفسخ كسائر العقود الخائزة ولا يبطل بموت أحد الشريكين بخلاف
الاجارة لانها لو بطلت لاعادها القاضي للحال ثانيا فلا يفيد

فصل في اوصاف المهايئات كل واحد منهما من التصرف بعد المهايئات اما في المهايئات بالمكان فلكل واحد منهما
ان يستغل ما اصابه بالمهايئات سواء شرط الاستغلال في العقد أولا وسواء تهايثا في دار واحدة أو دارين لان المنافع
بعد المهايئات تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتملك من غيره وبه تبين ان المهايئات في
هذا النوع ليست باعارة لان العارية لا تؤجر (وأما) المهايئات بالزمان فلكل واحد منهما ان يسكن أو يستخدم لما
ذكرنا لکن لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك بخلاف المهايئة بالمكان ان لكل واحد منهما ولاية السكنى
والاستغلال مطلقا لان الحاجة الى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة والمهايئات بالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعة
بالمكان ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهايئة (وأما) المهايئة بالزمان فقسمة مقدرة

بالزمان فلا تصير معلومة الا بذكر زمان معلوم فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال في نوبته لا خلاف في انهما اذا لم يشترط لم يملك فاما اذا شرط اذ كر القدرى عليه الرحمة انه لا يملك لان هذا النوع من المهايأة في معنى الاعارة والعارية لا تؤجر وذكر الاصل ان التهايو في الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة (منهم) من قال المذكور في الاصل ليس بمهايئات حقيقة لوجهين أحدهما انه أضاف التهايو الى الغلة دون الاستغلال والغلة لا تحتل التهايو حقيقة اذ هي عين والتهايو قسمة المنافع دون الاعيان والثاني انه ذكر فيه ان غلة الدار اذا وصلت في يد أحدهما شاركة فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهايئات وكما ان المهايأة بالمكان في الدارين اذا تهايئا ان يأخذ كل واحد منهما وأخذ يستعملها فاستعملها ففضل من الغلة في يد أحدهما ان الفاضل يكون له خاصة ويكون المذكور في الاصل محمولا على ما اذا اصطلاحا على ان يأخذ هذا غلة شهر وذلك غلة شهر وسمى ذلك مهايأة مجازا وان لم يكن ذلك مهايأة حقيقة في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين ويحتمل ان يكون المذكور في الاصل دليلا على شرط جواز الاستغلال اذ الغلة يجوز ان تذكر بمعنى الاستغلال في الجملة وقد قام دليل ارادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهايو اذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين ماله وكذا التهايو يكون على شيء هو مقتدر التهايو وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا قرن بها السكنى الذي هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشار فيه صاحبه محمولا على ما اذا تهايئا بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطلاحا على ان يأخذ كل واحد منهما غلة شهر وفي هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين فعلى هذا ثبت اختلاف روايتي الحاكم وأحمد بن الحسين القدوري عليهم الرحمة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الحدود

جمع محمد رحمه الله بين مسائل الحدود وبين مسائل التعزير وبدأ بمسائل الحدود فبدأ بأبوابه فنقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق الكلام في الحدود وتبع في مواضع في بيان معنى الحدود وشرعا وفي بيان أسباب وجوب الحدود وشرائط وجوبها وفي بيان ما يظهر به وجوبها عند التماضي وفي بيان صفاتها وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان شرائط جواز اقامتها وفي بيان كيفية اقامتها وموضع الاقامة وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب وفي بيان حكمها اذا اجتمعت وفي بيان حكم الحدود (أما) الاول لحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه سمي البواب حدا اذا لمنعه الناس عن الدخول وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدره واجبة حتم الله تعالى عز شأنه بخلاف التعزير فانه ليس بمقدر قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما وبخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدره لكنه يجب حتم للعبد حتى يجزى فيه العفو والصلح سمي هذا النوع من العقوبة حدا لانه يمنع صاحبه اذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه اذا لم يكن متلفا لانه تصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو بشر تلك الجنابة فيمنعه ذلك من المباشرة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول الحدود خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف (أما) حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وسند كركن السرقة وشرائط الركن في كتاب السرقة (وأما) حد الزنا فنوعان جلد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما هو الزنا وانما يختلفان في الشرط وهو الاحصان فالاحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من معرفة الزنا والاحصان في عرف الشرع أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح

جميعا والاصل في اعتبار الشبهة في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فتستدعي جنائية متكاملة والوطء في القبل في غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جنائية الا عند انتفاء الشبهة كلها اذا عرف الزنا في عرف الشرع فخرج عليه بعض المسائل فنقول الصبي أو المجنون اذا وطئ امرأة أجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطء منهما زنا فلا حد على المرأة اذا طأ وعنه عند أطحبا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر والشافعي رضي الله عنهم عليها الحد ولا خلاف في أن العاقل البالغ اذا زنا بصبيبة أو مجنونة أنه يجب عليه الحد ولا حد عليها لهما أن المانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المانع كالعقل البالغ اذا زنا بصبيبة أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وان كان لا يجب عليها لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان وجوب الحد على المرأة في باب الزنا ليس لكونها زانية لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لانها موطوءة وليست بواطئة وتسميتها في الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها من نياها وفعل الصبي والمجنون ليس بزنا فلا تكون هي من نياها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبيبة أو المجنونة من نياها بالأن الحد لم يجب عليها لعدم الاهلية والاهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب وكذلك الوطء في الدبر في الانثى أو الذكرا لا يوجب الحد عند أي حنيفة وان كان حراما لعدم الوطء في القبل فلم يكن زنا وعندهما والشافعي يوجب الحد وهو الرجم ان كان محصنا والحد ان كان غير محصن لانه زنا بل لانه في معنى الزنا لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التحض فكان في معنى الزنا فور ود النص بإيجاب الحد هناك يكون ورود آهنا دلالة ولا في حنيفة ما ذكرنا ان اللواط ليست بزنا لما ذكرنا ان الزنا اسم للوطء في قبل المرأة ألا ترى انه يستقيم ان يقال لا طومازناو زنا وما لا طو يقال فلان لوطي وفلان زاني فكذا يختلفان اسما واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعاني في الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت انه ليس بزنا ولا في معنى الزنا أيضا لما في الزنا من اشتباه الانساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك في هذا الفعل انما فيه تضييع الماء المهيمن الذي يباح مثله بالعزل وكذا ليس في معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر لان الحاجة الى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده ولا يغلب وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق باختيار شخصين ولا اختيارا للداع يدعوا اليه ولا داعي في جانب الحل أصلا وفي الزنا وجد الداعي من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم يكن في معنى الزنا فور ود النص هناك ليس ورود آهنا وكذا اختلاف اجتهاد الصحابة رضي الله عنهم دليل على ان الواجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين أحدهما ان التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة لا الحد والثاني انه لا مجال للاجتهاد في الحد بل لا يعرف الا بالتوقيف وللاجتهاد مجال في التعزير وكذا وطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء المرأة الحية وكذا وطء البهيمة وان كان حراما لا نعدم الوطء في قبل المرأة فلم يكن زنا ثم ان كانت البهيمة ملك الواطيء قيل انها تدبج ولا تؤكل ولا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله لكن روى محمد بن عيسى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه لم يجد واطيء البهيمة وأمر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وكذلك الوطء عن اكراه لا يوجب الحد وكذلك الوطء في دار الحرب وفي دار البغي لا يوجب الحد حتى ان من زنا في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج اليها لا يقيم عليه الحد لان الزنا لم ينعد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفي بعد ذلك وكذلك الحربى المستأمن اذا زنا بمسلمة أو ذمية أو ذمى زنا محرمة مستأمنة لا حد على الحربى والحربية عندهما وعند أبي يوسف يحدان وجه قوله انه لما دخل دار الاسلام فقد انزم أحكام الاسلام مدة اقامته فيها فصار كالذمى ولهذا يقيم عليه حد القذف كما يقيم على الذمى ولهما انه لم يدخل دار الاسلام على سبيل الإقامة والتوطن بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف حد القذف لانه لما طلب الامان من المسلمين فقد

النزاهة منهم عن الايذاء بنفسه وظهر حكم الاسلام في حقه ثم يحد المسامحة والذميمة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يحد ويحد الذي بالاختلاف (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل فعل الرجل وفعلها يقع تبعاً فلما لم يجب على الاصل لا يجب على التبع كالمطاعة للصبي والمجنون (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان فعل الحر بن حرام محض ألا ترى انه يؤخذ فكان زناً فكانت هي من نياها الا ان الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا أمر يخصه ويحد الذي لانه بالذمة والعهد النزم احكام الاسلام مطلقاً الا في قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد ههنا وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والحرمه والمجنونة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو ألى منها لا يوجب الحد وان كان حراماً لقيام الملك والنكاح فلم يكن زناً وكذلك وطء الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبه والحرمه برضاع أو صهرية أو جمع لقيام الملك وان كان حراماً وعلم بالحرمه وكذلك وطء الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمه لان له في مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجه أو حق الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك فظاهر اضافة مال الابن الى الاب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك فلئن تقاعد عن افادة الحقيقة فلا يتقاعد على ايراث الشبهة أو حق الملك وكذلك وطء جارية المكاتب لان المكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم فكان مملوك المولى رقية ومالك الرقية يقتضي ملك الكسب فان لم يثبت مقتضاه حقيقة فلا أقل من الشبهة وكذلك وطء جارية العبد المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولى وكذلك ان كان عليه دين لان رقية المأذون ملك المولى وملك الرقية يقتضي ملك الكسب كما في جارية المكاتب وبل أولى لان كسب المأذون أقرب الى المولى من كسب المكاتب فلما لم يجب الحد هناك فهنا أولى ولان هذا الملك محل الاجتهاد لان العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فاشبهه وطأ حصل في نكاح وهو محل الاجتهاد ولا يوجب الحد كذا هذا وكذلك وطء الجذاب الاب وان علا عند عدم الاب بمنزلة وطء الاب لان له ولاداً فقل منزلته الاب وكذلك الرجل من الغائبين اذا وطئ جارية من المغنم قبل القسمه بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله لا حد عليه وان علم ان وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لا نفي سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبته منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل امام كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمه بل الموجود حق عام وانه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي عند من لا يجيزه لا يوجب الحد لان العلماء اختلفوا منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث شبهة وكذلك اذا تزوج معتدة الغير أو مجوسية أو مدبرة أو أمة على حرة أو أمة بغير اذن مولاه أو العبد تزوج امرأة بغير اذن مولاه فوطئها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الادل في المحل وانه يوجب شبهة وكذلك اذا نكح محارمه أو الخامسة أو اخت امرأته فوطئها لا حد عليه عند أبي حنيفة وان علم بالحرمه وعليه التعزير وعندهما والشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد والاصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة ان النكاح اذا وجد من الادل مضافاً الى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالاً أو حراماً وسواء كان التحريم مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمه والاصل عندهما ان النكاح اذا كان محرماً على التأييد أو كان تحريمه مجمعاً عليه يجب الحد وان لم يكن محرماً على التأييد أو كان تحريمه مختلفاً فيه لا يجب عليه (وجه) قولهم ان هذا نكاح أضيف الى غير محله فيلغو ودليل عدم المحلية ان محل النكاح هي المرأة المحللة لقوله سبحانه وتعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم والحارم محرمات على التأييد لقول الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الآية الا انه اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها محل لي سقط الحد لانه ظن ان صيغة لفظ النكاح من الادل في المحل دليل الحل فاعتبر هذا الظن في حقه وان لم يكن معتبراً حقيقة اسقاطاً لما يدرك بالشبهات واذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح صدر من أهله مضافاً الى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح

المتعة ونحو ذلك ولا شك في وجود لفظ النكاح والاهلية والدليل على المحلية ان محل النكاح هو الانثى من بنات سيدنا
 آدم عليه الصلاة والسلام النصوص والمعقول اما النصوص فقوله سبحانه وتعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء
 وقوله سبحانه وتعالى هو الذي خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها وقوله سبحانه وتعالى وانه خلق الزوجين
 الذكر والانثى جعل الله سبحانه وتعالى النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجية واما المعقول فلان الانثى
 من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصيل وغيرها فكانت
 محلاً لحكم النكاح لان حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم
 يثبت معنى التوسل الا ان الشرع أخرجهما من ان تكون محلاً للنكاح شرعاً مع قيام المحلية حقيقة فقيام صورة العقد
 والمحلية يورث شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت أو تقول وجدر كمن النكاح والاهلية والمحلية على ما بينا
 الا انه فاق شرط الصحة فكان نكاحاً فاسداً والوطء في النكاح الفاسد لا يكون زناً بالاجماع وعلى هذا ينبغي ان يعمل
 فيقال هذا الوطء ليس زناً فلا يوجب حد الزنا قياساً على النكاح بغير شهود وسائر الانكحة الفاسدة ولو وطئ
 جارية الاب أو الام فان ادعى الاشتباه بان قال ظننت انها تحل لي لم يجب الحد وان لم يدع يجب وهو تفسير شبهة
 الاشتباه وانما تعتبر في سبعة مواضع في جارية الاب وجارية الام وجارية المنكوحه وجارية المطلقة ثلاثاً مادامت
 في العدة وأم الولد مادامت تعتمد منه والعبد اذا وطئ جارية مولاه والجارية المهرهنة اذا وطئ المهرين في رواية كتاب
 الرهن وفي رواية كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه اما اذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته فلان الرجل ينسبط
 في مال أبيه وزوجته وينتفع به من غير استئذان وحشمة عادة الا ترى انه يستخدم جارية أبيه ومنكوحته من غير
 استئذان فظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعاً أيضاً وهذا وان لم يصلح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً
 اعتبر في حقه لا سقاط ما يندري بالشبهات واذا لم يدع ذلك فقد عرى الوطء عن الشبهة فتمحض حراماً فيجب
 الحد ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى الاشتباه أولاً لان ثبات النسب يعتمد قيام معنى في المحل وهو الملك من كل وجه
 أو من وجه ولم يوجد ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر لا حد عليهم اماً لم يقر اجمعاً انهما قد علما بالحرمة لان
 الوطء يوم بهما جميعاً فاذا تمكنت فيه الشبهة من أحد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الآخر ضرورة واماً من سوى
 الاب والام من سائر ذوى الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطئ جاريته يجب الحد وان قال ظننت انها تحل
 لي لان هذا دعوى الاشتباه في غير موضع الاشتباه لان الانسان لا ينسبط بالانتفاع بماله أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا
 ظناً مستنداً الى دليل فلا يعتد وكذلك اذا وطئ جارية ذات رحم محرم من امرأته لما قلنا اما اذا وطئ المطلقة ثلاثاً في العدة
 فلان النكاح قد زال في حق الحل أصلاً لوجود المبطّل حل المحلية وهو الطلقات الثلاث وانما بقي في حق الفراش
 والحرمة على الزوج فقط فتمحض الوطء حراماً فكان زناً فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل لانه
 بني ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح في حق الفراش وحرمة الزوج فظن انه بقي في حق الحل أيضاً وهذا وان لم
 يصلح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً اعتبر في حقه درأ ما يندري بالشبهات وان كان طلاقها واحدة بآئنة
 لم يجب الحد وان قال علمت انها على حرام لان زوال الملك بالابانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لا اختلاف الصحابة
 رضي الله عنهم فان مثل سيدنا عمر رضي الله عنه يقول في الكنايات انها راجع وطلاق الرجعي لا يزيل الملك
 فاختلافهم يورث شبهة ولو خالها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ذكر الكرخي انه ينبغي أن يكون الحكم فيه
 كالحكم في المطلقة ثلاثاً وهو الصحيح لان زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب
 الحد الا اذا ادعى الاشتباه لما ذكرنا في المطلقة الثلاث وكذلك اذا وطئ أم ولدته وهي تعتمد منه بأن أعتقها لان زوال
 الملك بالاعتاق مجمع عليه فلم تثبت الشبهة وأما العبد اذا وطئ جارية مولاه فان العبد ينسبط في مال مولاه عادة
 بالانتفاع فكان وطؤه مستنداً الى ما هو دليل في حقه فاعتبر في حقه لا سقاط الحد واذا لم يدع يحد لعراة الوطء عن

الشبهة وأما المرتهن اذا وطئ الجارية المهرهنة (فوجه) رواية كتاب الرهن أن يد المرتهن يد استيفاء الدين فصار المرتهن مستوفيا الدين من الجارية يد أقصد وطئ جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد كالجارية المبعة اذا وطئها البائع قبل التسليم الا اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي لانه استند ظنه الى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر في حقه درأ للحد واذا لم يدع فلا شبهة فلا يجب الحد (وجه) رواية كتاب الحدود ان الاستيفاء في باب الرهن انما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفاء لا يتحقق الا في الجنس ولا بحانسة بين التوثيق وبين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من عينها فلا يعتبر ظنه ولو وطئ البائع الجارية المبعة قبل التسليم لاحد عليه وكذلك الزوج اذا وطئ الجارية التي تزوج عليها قبل التسليم لان ملك الرقبة وان زال بالبيع والنكاح فملك اليد قائم فيورث شبهة ولو وطئ المستأجر جارية الا جارة والمستعير جارية الا عارة والمستودع جارية الوديعة يحد وان قال ظننت انها تحل لي لان هذا ظن عري عن دليل فكان في غير موضعه فلا يعتبر ولو زفت اليه غير امرأته وقلن النساء ان هذه امرأتك فوطئها لاحد عليه منهم من قال انما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه وهذا غير سديد فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه ينبغي أن لا يثبت لان النسب لا يثبت في شبهة الاشتباه كما في اذ كرنا من المسائل وههنا يثبت النسب دل أن الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لمعنى آخر وهو ان وطأها بناء على دليل ظاهر يجوز بناء الوطء عليه وهو الاخبار بانها امرأته بل لا دليل ههنا سواه فلئن تبين الامر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة ولو وطئ اجنبية وقال ظننت انها امرأتى أو جاريتى أو شبهتها بامرأتى أو جاريتى يجب الحد لان هذا الظن غير معتبر لعدم استناده الى دليل فكان ملحقاً بعدم فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن ما لم يعرف انها امرأته بدليل إما بكلامها أو باخبار مخبر ولم يوجد مع ما أنا لواعبرنا هذا الظن في اسقاط الحد لم يرق حد الزنا في موضع ما اذ الزانى لا يعجز عن هذا القدر فيؤدى الى سد باب الحد وهكذا روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال لو قيل هذا الما أقيم الحد على أحد وكذلك لو كان الرجل أعمى فوجد امرأته في بيته فوقع عليها وقال ظننتها امرأتى عليه الحد لان هذا ظن لم يستند الى دليل اذ قد يكون في البيت من لا يجوز وطؤها من المحارم والاجنيات فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن فلم تثبت الشبهة وروى عن محمد بن رجل أعمى دعى امرأته فقال يا فلانة فاجبت غيرها فوقع عليها انه يحد ولو اجابته غيرها وقالت أنا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب وهي كالمرأة المزفوفة الى غير زوجها لانه لا يحل له وطؤها بنفس الاجابة ما لم تقل أنا فلانة لان الاجابة قد تكون من التي ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطء على نفس الاجابة فاذا فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت أنا فلانة فوطئها لانه لا سبيل للاعمى الى أن يعرف انها امرأته الا بذلك الطريق فكان معذوراً فاشبه المرأة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيراً لا يصدق على ذلك لا مكان الوصول الى انها امرأته بالرؤية وروى عن زفر بن رجل أعمى وجد على فراشه أو مجلسه امرأة نائمة فوقع عليها وقال ظننت انها امرأتى يد راعنه الحد وعليه العقر وقال أبو يوسف لا يدراً (وجه) قول زفرانه ظن في موضع الظن اذا لظاهر انه لا ينام على فراشه غير امرأته فكان ظنه مستنداً الى دليل ظاهر فيوجب درأ الحد كما لو زفت اليه غير امرأته فوطئها (وجه) قول أبي يوسف ان النوم على الفراش لا يدل على انها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غير امرأته فلا يجوز استحلال الوطء بهذا القدر فاذا استحل وظهر الامر بخلافه لم يكن معذوراً والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل : وأما الاحصان فلا حصان نوعان احصان الرجم واحصان القذف أما احصان الرجم فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهي سبعة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات وهو ان يكونا جميعاً عاقلين بالغين حريين مسلمين فوجود هذه الصفات جميعاً فيهما شرط لكون كل واحد منهما محصناً والدخول في النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها فان تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها فلا احصان للصبي والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد

ولا بنفس النكاح ما لم يوجد الدخول وما لم يكن الزوجان جميعاً وقت الدخول على صفة الاحصان حتى أن الزوج العاقل البالغ الحر المسلم اذا دخل بزوجه وهي صبية أو مجنونة أو أمة أو كتابية ثم أدركت الصبية وأفادت المجنونة وأعتقت الأمة وأسلمت الكافرة لا يصير محصناً ما لم يوجد دخول آخر بعد زوال هذه العوارض حتى لو زنى قبل دخول آخر لا يبرحم فاذا وجدت هذه الصفات صار الشخص محصناً لان الاحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن يقال أحصن أى دخل الحصن كما يقال أعرق أى دخل العراق وأشأم أى دخل الشام وأحصن أى دخل في الحصن ومعناه دخل حصناً عن الزنا اذا دخل فيه وانما بصير الانسان داخل في الحصن عن الزنا عند توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع عن الزنا فعند اجتماعها تتوفر الموانع أما العقل فلان الزنا عاقبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب ماله عاقبة ذميمة وأما البلوغ فان الصبي لنقصان عقله ولقلة تأمله لا اشتغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب الامور فلا يعرف الحميدة منها والذميمة وأما الحرية فلان الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرية ولهذا لما قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم آية المباينة على النساء وبلغ الى قول الله تعالى ولا يزنين قالت هند امرأة أبي سفيان أوتزنى الحرية يا رسول الله وأما الاسلام فلانه نعمة كاملة موجبة للشكر فيمنع من الزنا الذي هو وضع الكفر في موضع الشكر وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين جميعاً فلان اجتماعهما فيهما يشعر بكمال حالهما وذا يشعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين لان اقتضاء الشهوة بالصبيية والمجنونة قاصر وكذا بالرقيق لكون الرق من نتائج الكفر فينفر عنه الطبع وكذا بالكافرة لان طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة ولهذا قال النبي عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وأما الدخول بالنكاح الصحيح فلانه اقتضاء الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغناء عن الحرام والنكاح الفاسد لا يفيد فلا يقع به الاستغناء وأما كون الدخول آخر الشرائط فلان الدخول قبل استيفاء سائر الشرائط لا يقع اقتضاء الشهوة على سبيل الكمال فلا تقع الغنية به عن الحرام على التام وبعد استيفائها تقع به الغنية على الكمال والتمام فثبت أن هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل بهامعنى الاحصان وهو الدخول في الحصن عن الزنا ولا خلاف في هذه الجملة الا في الاسلام فانه روى عن أبي يوسف أنه ليس من شرائط الاحصان حتى لا يصير المسلم محصناً بنكاح الكتابية والدخول بها في ظاهر الرواية وكذلك الذي العاقل البالغ الحر الثيب اذا زنا لا يبرحم في ظاهر الرواية بل يجلد وعلى ما روى عن أبي يوسف يصير المسلم محصناً بنكاح الكتابية ويرجم الذي به وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى واحتج بما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين ولو كان الاسلام شرطاً لما رجم ولا اشتراط الاسلام للزجر عن الزنا والدين المطلق يصلح للزجر عن الزنا لان الزنا حرام في الاديان كلها (ولنا) في زنا الذي قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة أو جب سبجانه وتعالى الجلد على كل زان وزانية أو على مطلق الزاني والزانية من غير فصل بين المؤمن والكافر ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة ولا نكاح الكافر لا يساوى زنا المسلم في كونه جنابة فلا يساويه في استدعاء العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب وبيان ذلك ان زنا المسلم يختص بمن يدقبح انتفى ذلك في زنا الكافر وهو كون زناه وضع الكفران في موضع الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين الكفر ليس بنعمة وفي زنا المسلم بالكتابية قوله عليه الصلاة والسلام والصلوات لحذيفة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن والذي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصناً وما ذكرنا أن في اقتضاء الشهوة بالكافرة قصوراً فلا يتكامل معنى النعمة فلا يتكامل الزاجر وقوله الزجر يحصل باصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل الا بدين الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه زاجر أمثله وأما حديث رجم اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول آية الجلد فانتسخ بها ويحتمل انه كان بعد نزولها ونسخ خبر الواحد آهون من نسخ الكتاب العزيز واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط

لوجوب الرجم على أحدهما حتى لو كان أحدهما محصناً والاخر غير محصن فالمحصن منهما يرمم وغير المحصن يجلد ثم اذا ظهر احصان الزاني بالبينّة أو بالاقرار يرمم بالنص والمعقول أما النص فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وكان محصناً وأما المعقول فهو أن المحصن اذا توفرت عليه الموانع من الزنا فاذا أقدم عليه مع توفر الموانع صار زناه غاية في الفجح فيجازى بما هو غاية في العقوبات الدنيوية وهو الرجم لان الجزاء على قدر الجناية ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى توعّد ساء النبي عليه الصلاة والسلام بمضاعفة العذاب اذا أتى بفاحشة أعظم جنايتهن لمصوطها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله سبحانه وتعالى عليهن لنيلهن حجة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومضاعفته فكانت جنايتهن على تقدير الاتيان غاية في القبح فاوعدن بالغاية من الجزاء كذا ههنا ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلماء وقال بعض الناس يجمع بينهما لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا ولم يجلده ولو وجب الجمع بينهما لجمع ولان الزنا جناية واحدة فلا يوجب الا عقوبة واحدة والجلد والرجم كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يجمان لجناية واحدة والحديث محمول على الجمع بينهما في الجلد والرجم لكن في حالين فيكون عملاً بالحديث واذا فقد شرط من شرائط الاحصان لا يرمم بل يجلد لان الواجب بنفس الزناه هو الجلد بآية الجلد ولا زنا غير المحصن لا يبلغ غاية في القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية فيكتفى بالجلد وهل يجمع بين الجلد والتغريب يختلف فيه قال أصحابنا لا يجمع الا اذا رأى الامام المصلحة في الجمع بينهما فيجمع وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما احتج بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه جلد وغرب وكذا روى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه فعل كذا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فيكون اجماعاً (ولنا) قوله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه عز وجل أمر بجلد الزانية والزاني ولم يذكر التغريب فمن أوجبه فقد زاد على كتاب الله عز وجل والزيادة عليه نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد والثاني أنه سبحانه وتعالى جعل الجلد جزاء والجزاء اسم لما تقع به الكفاية مأخوذ من الاجتزاء وهو الاكتفاء فلو أوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص ولان التغريب تعريض للمغرب على الزنا لانه مادام في بلده يمتنع عن العشائر والمعارف حياء منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى فيعزى الداعي عن الموانع فيقدم عليه والزنا قبيح فافضى اليه مثله وفعل الصحابة محمول على انهم رأوا ذلك مصلحة على طريق التغريب ألا يرى أنه روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه نفي رجلاً فلدق بالروم فقال لا أنفي بعدها أبداً وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال كفى بالنفي فتنّة فدل ان فعلهم كان على طريق التغريب ونحن به نقول أن للامام أن ينفي ان رأى المصلحة في التغريب ويكون النفي تعزيراً لا حدّاً والله سبحانه وتعالى أعلم وأما احصان القذف فنذكره في حد القذف ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما حد الشرب فسبب وجوبه الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ولا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها وحد السكر سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من الاشربة المعهودة المسكرة كالسكر وتقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب أو التمر والزبيب والمثلث ونحو ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبها فمقتضى العقل ومنها البلوغ فلا حد على المجنون والصبي الذي لا يعقل ومنها الاسلام فلا حد على الذمي والحرابي المستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة في شرب الخمر فلا حد على من أكره على شرب خمر ولا على من أصابته مخمصة وانما كان كذلك لان الحد عقوبة محضة فتستدعى جناية محضة وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بالجناية وكذا الشرب لضرورة المخمصة والا كراه جلال فلم

يكن جنابة وشرب الخمر مباح لاهل الذمة عند أكثر مشايخنا فلا يكون جنابة وعند بعضهم وان كان حراما لكانا نهينا على التعرض لهم وما يدعون وفي اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لاها تنعهم من الشرب وعن الحسن بن زياد انهم اذا شربوا وسكر واجحدون لاجل السكر لا لاجل الشرب لان السكر حرام في الاديان كلها وما قاله الحسن حسن ومنها بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب في حد الشرب لان وجوب الحد بالشرب نعلق به حتى لو خلط الخمر بالماء ثم شرب نظرفيه ان كانت الغلبة للماء لا حد عليه لان اسم الخمرية نزل عند غلبة الماء وان كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء محدد لان اسم الخمر باق وهي عادة بعض الشربة انهم يشربونها مزوجة بالماء وكذلك من شرب دردى الخمر لا حد عليه لان دردى الخمر لا يسمى خمر أو ان كان لا يخلو عن أجزاء الخمر (فاما) الذكورة فليست بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى وأما الحرية فكذلك الا أن حد الرقيق يكون على النصف من حد الحر ولا حد على من توجد منه رائحة الخمر لان وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز انه غضمض بها ولم يشربها أو شربها عن اكره أو تخمصة وكذلك من تقيأ خمرالا حد عليه لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاشربة التي تتخذ من الاطعمة كالحنطة والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد بشرها لان شربها حلال عندهما وعند محمد وان كان حراما لكان هي حرمة محل الاجتماع فلم يكن شربها جنابة محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لان الشرب اذا لم يكن حراما أصلا فلا عبرة بنفس السكر كشرب البنج ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حد القذف فسبب وجوبه القذف بالزنا لانه نسبة الى الزنا وفيها الحاق العار بالمتدوف فيجب الحد دفعا للعار عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبه فأنواع بعضها يرجع الى القاذف وبعضها يرجع الى المتدوف وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها الى المتدوف به وبعضها يرجع الى المتدوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذي يرجع الى القاذف فأنواع ثلاثة أحدها العقل والثاني البلوغ حتى لو كان القاذف صبياً أو مجنوناً لا حد عليه لان الحد عقوبة فيستدعي كون القذف جنابة وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جنابة والثالث عدم اتيانه باربعة شهاداء فان أتى بهم لا حد عليه لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة علق سبحانه وتعالى وجوب اقامة الحد بعد الاثبات باربعة شهود وليس المراد منه عدم الاثبات في جميع العمر بل عند القذف والخصومة اذ لو حمل على الابد لم أقم حداً أصلاً اذ لا يقام بعد الموت ولان الحد انما وجب لدفع عار الزنا عن المتدوف واذا ظهر زناه بشهادة الاربعة لا يحتمل الاندفاع بالحد ولان هذا شرط يزجر عن قذف المحصنات وأما حرية القاذف واسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا والشرط احصان المتدوف لا احصان القاذف والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المتدوف فشبتان أحدهما أن يكون محصناً رجلاً كان أو امرأة وشرائط احصان القذف خمسة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون والرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا أما العقل والبلوغ فلا أن الزنا لا يتصور من الصبي والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذباً محضاً فيوجب التعزير لا الحد وأما الحرية فلان الله سبحانه وتعالى شرط الاحصان في آية القذف وهي قوله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات ههنا الحرائر لا العفائف عن الزنا فدل أن الحرية شرط ولا نالو أوجبنا على قاذف المملوك الجلد لا وجبنا ثمانين وهو لو أتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا خمسين وهذا لا يجوز لان القذف نسبة الى الزنا وأنه دون حقيقة الزنا وأما الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى والذين يرمون المحصنات العافلات المؤمنات والمحصنات الحرائر والعافلات العفائف عن الزنا والمؤمنات معلومة فدل أن الايمان والعفة عن

عن الزنا والحرية شرط ودلت هذه الآية على ان المراد من المحصنات في هذه الآية الحرائر لا العفائف لانه سبحانه وتعالى جمع في هذه الآية بين المحصنات والعافلات في الذكر والعافلات العفائف فلو أريد بالمحصنات العفائف لكان تكراراً ولان الحد انما يجب لدفع العار عن المقدوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحد انما وجب بالقذف دفعا لعار الزنا عن المقدوف وما في الكافر من عار الكفر أعظم والله سبحانه وتعالى أعلم ثم تفسير العفة عن الزنا هو ان لم يكن المقدوف وطئاً في عمره وطأ حراماً في غير ملك ولا نكاح أصلاً ولا في نكاح فاسد فساداً مجمعا عليه في السلف فان كان فعل سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجبا للحد أو لم يكن بعد أن يكون على الوصف الذي ذكرنا وان كان وطئاً وطأ حراماً لکن في الملك أو النكاح حقيقة أو في نكاح فاسد لکن فساداً هو محل الاجتهاد لا تسقط عفته وبيان هذه الجملة في مسائل اذا وطئ امرأة بشبهة بان زفت اليه غير امرأته فوطئها سقطت عفته لوجود الوطء الحرام في غير ملك ولا نكاح أصلاً الا أنه لم يجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم وكذلك اذا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لان الوطء يصادف كل الجارية وكلها ليس ملكة فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لکن درى الحد للشبهة وكذلك اذا وطئ جارية أبوية أو زوجته أو جارية اشتراها وهو يعلم انها الغير البائع ثم استحققت لما قلنا وكذلك لو وطئ جارية ابنه فاعلقها أو لم يعلقها لوجود الوطء الحرام في غير ملك حقيقة ولو وطئ الحائض أو النفساء أو الصائمة أو الحرمة أو الحرة التي ظاهر منها أو الامة المزوجة لم تسقط عفته لقيام الملك أو النكاح حقيقة وانه محل الا انه منع من الوطء لغيره وكذا اذا وطئ مكاتبته في قولهما واحدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى عنه وهو قول زفر تسقط عفته (وجه) قولهما ان هذا وطء حصل في غير الملك لان عقد الكتابة أو وجب زوال الملك في حق الوطء والملك في حق الوطء ألا ترى أنه لا يباح له أن يطأها وكذا المهر يكون لها لا للمولى وهذا دليل زوال الملك في حق الوطء ولنا ان الوطء يصادف الذات وملك الذات قائم بعد الكتابة فكان الملك المحلل قائماً وانما الزائل ملك اليد فمنع من الوطء لما فيه من استرداد ايدها على نفسها فاشبهت الجارية المزوجة ولو تزوج معتدة الغير أو منكوبة الغير أو مجوسية أو أخته من الرضاع سقطت عفته سواء علم أو لم يعلم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما اذا كان لا يعلم لا تسقط (وجه) قولهما أنه اذا لم يعلم لا يكون الوطء حراماً بدليل أنه لا يأتى ولو كان حراماً لآثم واذالم يكن حراماً لم تسقط العنة ولا في حنيفة رحمه الله ان حرمة الوطء هي ثابتة بالاجماع الا ان الائم منتف والائم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف واداك كانت الحرمة ثابتة بيقين سقطت العنة ولو قبل امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بابتها فوطئها أو تزوج بامها فوطئها لا تسقط عفته في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تسقط (وجه) قولهما ان التقبيل أو النظر أو وجب حرمة المصاهرة وانما حرمة مؤبدة فتسقط العصمة كحرمة الرحم المحرم ولا في حنيفة رحمه الله ان هذه الحرمة ليست مجمعا عليها بل هي محل الاجتهاد في السلف فلا تسقط العفة فاما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم تزوج بابتها أو أمها فوطئها سقطت عفته بالاجماع لان هذا النكاح مجمع على فساده فلم يكن محل الاجتهاد ولو تزوج امرأة غير شهود فوطئها سقطت عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه في السلف فلا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة فلا يعتد بخلاف مالك فيه ولو تزوج أمة وحرمة في عقد واحدة فوطئها أو تزوج أمة على حرة فوطئها لم تسقط عفته لان فساد هذا النكاح ليس مجمعا عليه في السلف بل هو محل الاجتهاد فالوطء فيه لا يوجب سقوط العفة ولو تزوج ذمی امرأة ذات رحم محرم منه ثم أسلم فقتله رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته بالاجماع وان كان الدخول في حال الكفر لم تسقط في قول أبي حنيفة وعندهما تسقط هكذا ذكر الكرخي وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه يشترط احصائه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان هذا النكاح مجمع على فساده وانما سقط الحد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة لنوع شبهة والله سبحانه وتعالى أعلم ولا حد على من قذف امرأة محدودة

في الزنا أو معها ولد لا يعرف له أب أولاً عنت بولد لا نامة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة فإن لا عنت بغير الولد أو مع الولد لكنه لم يقطع النسب أو قطع لكن الزوج عادوا كذب نفسه والحق النسب بالأب حد لا نه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة والثاني أن يكون المذوف معلوماً فإن كان مجهولاً لا يجب الحد كما إذا قال لجماعة كلكم زان إلا واحداً أو قال ليس فيكم زان إلا واحداً أو قال لرجلين أحدكما زان لأن المذوف مجهول ولو قال لرجلين أحدكما زان فقال له رجل أحدهما هذا فقال لا لا حد لآخر لأنه لم يقذف بصريح الزنا ولا بما هو في معنى الصريح ولو قال لرجل جلدك زان لا حد عليه لأن اسم الجدي نطلق على الأسفل وعلى الأعلى فكان المذوف مجهولاً ولو قال لرجل أخوك زان فإن كان له أخوة أو أخوان سواء لا حد على القاذف لأن المذوف مجهول وإن لم يكن له إلا أخ واحد فعليه الحد إذا حضر وطالب لأن المذوف معلوم وليس لهذا الأخ ولاية المطالبة لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) حياة المذوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف حتى يجب الحد بقذف الميت لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى

فصل وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فواحد وهو أن لا يكون القاذف أب المذوف ولا جده وإن علا ولا أمه ولا جدته وإن علت فإن كان لا حد عليه لقول الله تعالى ولا تقل لهما أف والتهبى عن التأفبف نصاً نهى عن الضرب دلالة وهذا لا يقتل به قصاصاً ولقوله تبارك وتعالى وبالوالدين احساناً والمطالب بالقذف ليس من الاحسان في شيء فكان منفيّاً بالنص ولا ن توقيراً لأب واحترامه واجب شرعاً وعقلاً والمطالبة بالقذف للجد ترك التعظيم والاحترام فكان حراماً والله سبحانه وتعالى الموفق

فصل وأما الذي يرجع الى المذوف به فنوعان أحدهما أن يكون القذف بصريح الزنا وما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب فإن كان بالكناية لا يوجب الحد لأن الكناية محتملة والحد لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال أولى وبيان هذه الجملة في مسائل إذا قال لرجل يازاني أو قال زنت أو قال أنت زاني يحد لأنه أتى بصريح القذف بالزنا ولو قال يازاني بالهمز أو زنات بالهمز يحد ولو قال عنت به الصعود في الجبل لا يصدق لأن العامة لا تفرق بين المهموز والمليّن وكذا من العرب من يهزمز المليّن فبقي مجرد النية فلا يعتبر ولو قال زنأت في الجبل يحد ولو قال عنت به الصعود في الجبل لا يصدق في قولهما وعند محمد رحمه الله يصدق ولو قال زنأت على الجبل وقال عنت به الصعود لا يصدق بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله أن الزنا الذي هو فاحشة مليّن يقال زنا زنى زنا والزنا الذي هو صعيد مهموز يقال زنا زنا زناً وقال الشاعر * وارق الى الخيرات زناً في الجبل * وأراد به الصعود لأنه إذا لم يقل عنت به الصعود حمل على الزنا المعروف لأن اسم الزنا يستعمل في الفجور عرفاً وعادة وإذا قال عنت به الصعود فقد عني به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره (وجه) قولهما أن اسم الزنا يستعمل في الفجور عرفاً وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والمليّن بل تستعمل المهموز مليّناً والمليّن مهموزاً فلا يصدق في الصرف عن التعارف كما إذا قال زنت في الجبل وقال عنت به الصعود أو زنأت ولم يذكر الجبل إلا أنه استعمل كلمة في مكان كلمة على وأنه جائز قال الله سبحانه وتعالى ولا صلبنكم في جذوع النخل أى على جذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بأن المهموز منه يحتمل معنى المليّن وهو الزنا المعروف لأن من العرب من يهزمز المليّن فيتم معنى المليّن بدلالة الحال وهي حال الغضب لأن المسئلة مقصورة فيها وإذا قال زنأت على الجبل وقال عنت به الصعود لم يصدق لأنه لا تستعمل كلمة على في الصعود فلا يقال صعد على الجبل وإنما يقال صعد في الجبل ولو قال لرجل يا ابن الزاني فهو قاذف لا يبه كانه قال أبوك زاني ولو قال يا ابن الزانية فهو قاذف لا مده كانه قال أمك زانية ولو قال يا ابن الزاني والزانية فهو قاذف لا يبه وأمه كانه قال أبوك زانية ولو قال يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قذفاً لأن معناه في عرف الناس وعاداتهم أنك مخلوق من ماء الزنا ولو قال يا ابن الزانية تكون قذفاً ويعتبر احصان أمه التي ولده لا احصان جدته حتى لو كانت أمه مسامة فعليه الحد وإن كانت

جده كافرة وان كانت أمه كافرة فلا حد عليه وان كانت جدته مسلمة لان أمه في الحقيقة والدته والجدّة تسمى أما مجازا وكذلك لو قال يا ابن مائة زانية أو يا ابن ألف زانية يكون قاذفا لأمه ويعتبر في الاحصان حال الام لما قلنا ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات لا عدد الاشخاص اي امك زنت مائة مرة أو ألف مرة ولو قال يا ابن القحبة لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على المهيأة المستعدة للزنا وان لم تكن فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لو قال يا ابن الدعية لان الدعية هي المرأة المنسوبة الى قبيلة لا نسب لها منهم وهذا لا يدل على كونها زانية لجواز ثبوت نسبها من غيرهم ولو قال لرجل يا زاني فقال الرجل لا بل أنت الزاني أو قال لا بل أنت يحدان جميعاً لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحاً ولو قال لامرأة يا زانية فقالت زينت بك لا حد على الرجل لان المرأة صدقته في القذف فخرج قذفه من ان يكون موجبا للحد وتحسد المرأة لانها قذفته بالزنا نصاً ولم يوجد منه التصديق ولو قال لامرأة يا زانية فقالت زينت معك لا حد على الرجل ولا على المرأة أما على الرجل فلو جود التصديق منها إياه وأما على المرأة فلا ن قولها زينت معك يحتمل ان يكون المراد منه زينت بك ويحتمل ان يكون معناه زينت بحضرتك فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لامرأة يا زانية فقالت لا بل أنت حدثت المرأة حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف صاحبه وقذف المرأة يوجب حد القذف وقذف الزوج امرأته يوجب اللعان وكل واحد منهما حد وفي البداية يحد المرأة إسقاط الحد عن الرجل لان اللعان شهادات مؤكدة بالايمان والحدود في القذف لا شهادته ونظير هذا ما قالوا فيمن قال لامرأة يا زانية بنت الزانية فخاصمت الأم أولاً فحد الزوج حد القذف سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت المرأة أولاً فلا عن القاضى بينهما فخاصمت الأم يحد الرجل حد القذف ولو قال لامرأة يا زانية فقالت زينت بك لا حد ولا لعان لانه يحتمل انها أرادت بقولها زينت بك اي قبل النكاح ويحتمل انها أرادت اي ما مكنت من الوطء غيرك فان كان ذلك زنا فهو زنا لان هذا متعارف فان أرادت الاول لا يجب اللعان ويجب الحد لانها اقرت بالزنا وان أرادت به الثاني يجب اللعان لان الزوج قذفها بالزنا وهي لم تصدقه فيما قذفها به ولا حد عليها فوقع الاحتمال في ثبوت كل واحد منهما فلا يثبت ولو قال لامرأة أنت زانية فقالت المرأة أنت ازني مني يحد الرجل ولا يحد المرأة اما الرجل فلا نه قذفها بصريح الزنا ولم يوجد منها التصديق واما المرأة فلا ن قولها أنت ازني مني يحتمل انها أرادت به النسبة الى الزنا على الترجيح ويحتمل انها أرادت انت اقدر على الزنا واعلم به مني فلا يحتمل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا قال لانس ان انت ازني الناس أو ازني الزناة أو ازني من فلان لا حد عليه لما قلنا وروى عن أبي يوسف انه فرق بين قوله ازني الناس وبين قوله ازني مني او من فلان فقال في الاول يحد وفي الثاني لا يحد (ووجه) الفرق له ان قوله انت ازني الناس امكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح في وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس في الجملة فيحمل عليه وقوله انت ازني مني او من فلان لا يمكن حمله على الترجيح في وجود الزنا لجواز انه لم يوجد الزنا منه او من فلان فيحمل على الترجيح في القدرة او العلم فلا يكون قذفاً بالزنا ولو قال لرجل زينت وفلان معك كان قاذفاً لهما لانه قذف أحدهما وعطف الآخر عليه بحرف الواو وانها للجمع المطلق فكان مخبراً عن وجود الزنا من كل واحد منهما رجلاً استبنا فقال أحدهما لصاحبه ما بي بزنا ولا ابي بزانية لم يكن هذا قاذفاً لان ظاهره نفي الزنا عن أبيه وعن أمه الا انه قد يكفى بهذا الكلام عن نسبة اب صاحبه وامه الى الزنا لكان القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد ولو قال لرجل انت تزني لا حد عليه لان هذا اللفظ يستعمل للاستقبال ويستعمل للحال فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال وكذلك لو قال انت تزني وانا اضرب الحد لان مثل هذا الكلام في عرف الناس لا يدل على فصد القذف وانما يدل على طريق ضرب المثل على الاستعجاب ان كيف تكون العقوبة على انسان والجناية من غيره كما قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيراً منك أو قال لرجل ما رأيت زانية خيراً منك لم يكن قاذفاً لانه ما جعل

هذا المذكور خير الزناة وانما جعله خيرا من الزناة وهذا لا يقتضى وجود الزناة منه ولو قال لا امرأة زنا بك زوجك قبل ان يتزوجك فهو قاذف فانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل التزوج في كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لا امرأة وطئت فلان وطأ حراما او جامعك حراما او فجر بك أو قال لرجل وطئت فلانة حراما او باضعتها او جامعتها حراما فلا حد عليه لانه لم يوجد منه القذف بالزنا بل بالوطء الحرام ويجوز ان يكون الوطء حراما ولا يكون زنا كالوطء بشبهة ونحو ذلك ولو قال لغيره اذهب الى فلان قتل له يازاني او يا ابن الزانية لم يكن المرسل قاذفا لانه امر بالقذف ولم يقتذف واما الرسول فان ابتداء فقال لا على وجه الرسالة يازاني او يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد وان بلغه على وجه الرسالة بان قال ارسلني فلان اليك وامرني ان أقول لك يازاني او يا ابن الزانية لا حد عليه لانه لم يقتذف بل اخبر عن قذف غيره ولو قال لا آخر اخبرت انك زاني او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا لانه حكى خبر غيره بالقذف واشهاد غيره بذلك فلم يكن قاذفا ولو قال لرجل يا لوطي لم يكن قاذفا بالاجماع لان هذا نسبه الى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضى انه يعمل عملهم وهو اللواط ولو أفصح وقال أنت تعمل عمل قوم لوط وسمى ذلك لم يكن قاذفا عند أبي حنيفة أيضا وعندهما هو قاذف بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عند أبي حنيفة وعندهما هو في معنى الزنا والمسئلة مرت في موضعها ولو قال لرجل يازاني فقال له آخر صدقت بخد القاذف ولا حد على المصدق أما الاول فوجود القذف الصريح منه وأما المصدق فلان قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت هو كما قلت يحد لان هذا في معنى الصريح ولو قال لرجل أخوك زان فقال الرجل لا بل أنت يحد الرجل لان كلمة لا بل لتأكيد الاثبات فقد قذف الاول بالزنا على سبيل التأكيد وأما الاول فينظر ان كان للرجل إخوة أو اخوان سواء فلا حد عليه وان لم يكن له إلا أخ واحد فله ان يطالبه بالحد وليس لهذا الأخ المخاطب ان يطالبه لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لست لابنك فهو قاذف لانه سواء قال في غضب أو رضا لان هذا الكلام لا يذكرا لئني النسب عن الاب فكان قذفا لانه ولو قال ليس هذا أبوك أو قال لست أنت ابن فلان لأبيه أو قال أنت ابن فلان لا جنبي ان كان في حال الغضب فهو قذف وان كان في غير حال الغضب فليس بقذف لان هذا الكلام قديد كرنفي النسب وقديد كرنفي التشبه في الاخلاق أى أخلاقك لا تشبه أخلاق أبيك أو أخلاقك تشبه أخلاق فلان الا جنبي فلا يجعل قذفا مع الشك والاحتمال وكذلك اذا قال لرجل يا ابن مزيقيا او يا ابن ماء السماء انه يكون قذفا في حالة الغضب لا في حالة الرضا لانه يحتمل انه أراد به نفي النسب ويحتمل انه أراد به المدح بالتشبيه برجلين من سادات العرب فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصنائه وسخائه وعمر وبن عامر كان يسمى المزريقيا لمزقه الثياب اذ كان ذا ثروة ونخوة كان يلبس كل يوم ثوبا جادا فاذا أمسى خلعه ومزقه لئلا يلبسه غيره فيساويه فيحكم الحال في ذلك فان كان في حال الغضب فالظاهر انه أراد به نفي النسب فيكون قذفا وان كان في حال الرضا فالظاهر انه أراد به المدح فلم يكن قذفا ولو قال لرجل أنت ابن فلان لعمة او خاله او لزوجة أمه لم يكن قذفا لان العم يسمى أبوا وكذلك الخال وزوجة الام قال الله سبحانه وتعالى قالوا نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل واسماعيل كان عم يعقوب عليه الصلاة والسلام وقد سماه أباه وقال سبحانه وتعالى ورفع أبو به على العرش وقيل انهما أبوه وخالته واذا كانت الحالة أما كان الخال أبا وقال الله تعالى ان ابني من أهلي قيل في التفسير انه كان ابن امرأته من غيره ولو قال لست بابن لفلان لجدته لم يكن قاذفا لانه صادق في كلامه حقيقة لان الجد لا يسمى أباحقيقة بل مجازا ولو قال للعربي يا بنطي لم يكن قذفا وكذلك اذا قال لست من بني فلان للقبيلة التي هو منها لم يكن قاذفا عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يكون قذفا والصحيح قول العامة لان بقوله يا بنطي لم يقتضه ولكنه نسبه الى غير بلده كمن قال للبلدي يا رستاقى وكذلك اذا قال يا ابن الخياط أو يا ابن الاصفر أو الاسود وأبوه ليس كذلك لم يكن قاذفا بل يكون كاذبا وكذلك اذا قال يا ابن الاقطع أو يا ابن الاعور وأبوه ليس كذلك يكون كاذبا لا قاذفا كما اذا قال للبصير يا أعمى ثم القذف بلسان العرب وغيره سواء ويجب الحد لان معنى القذف هو النسبة الى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان والله تعالى أعلم والثاني

ان يكون المقذوف به متصور الوجود من المقذوف فان كان لا يتصور لم يكن قاذفا وعلى هذا يخرج ما اذا قل لا آخر
 زنى فذلك أو ظهرك انه لا حد عليه لان الزنا لا يتصور من هذه الاعضاء حقيقة فكان المراد منه المجاز من طريق
 النسب كما قال عليه الصلاة والسلام العيان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو
 يكذبه وكذلك لو قال زنيت باصبعك لان الزنا لا يصعب لا يتصور حقيقة ولو قال زنى فرجك يحد لان الزنا بالفرج
 يتحقق كانه قال زنيت بفرجك ولو قال لامرأة زنيت بفرس أو حمار أو بعير أو ثور لا حد عليه لانه محتمل انه أراد به
 تمكينها من هذه الحيوانات لان ذلك متصور حقيقة ويحتمل انه أراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة على
 الزنا فان أراد به الاول لا يكون قذفا لانها بالتمكين منها لا تصير من نياتها العدم تصور الزنا من الهيمة وان أراد به الثاني
 يكون قذفا كما اذا قال زنيت بالدراهم أو بالدنانير أو بشئ من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لها زنيت بناقة
 أو ببقرة أو أتان أو رمكة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكين فيحمل على العوض لان حرف الباء قد يستعمل
 في الاعراض ولو قال ذلك لرجل لم يكن قذفا في جميع ذلك سواء كان ذكرا أو أنثى لانه يمكن حمله على حقيقة الوطء
 ووطؤها لا يتصور ان يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على العوض فيكون قذفا فوقع الاحتمال في كونه قذفا فلا يجعل
 قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا من فصل بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا في الذكر لا في الانثى لان فعل الوطء من
 الرجل يوجد في الانثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد في الذكر فيحمل على العوض والصحيح انه لا فرق بين
 الذكر والانثى لان الوطء يتصور في الصنفين في الجملة ولو قال لامرأة زنيت وأنت مكرهة أو معتوهة أو مجنونة أو
 نائمة لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا ومثله لو قال لامة
 اعتقت زنيت وأنت أمة أو قال لكافرة أسلمت زنيت وأنت كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان في المسئلة الاولى قذفا
 للحال بالزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وفي المسئلة الثانية قذفا للحال لوجود الزنا
 منها في حال يتصور منها الزنا وهي حال الرق والكفر لانهما لا يمنعان وقوع الفعل زنا وانما يمنعان الاحصان
 والاحصان يشترط وجوده وقت القذف لانه السبب الموجب للحد وقد وجد ولو قال لانسان لست لامك لا حد
 عليه لانه كذب محض لانه نفى النسب من الام ونفى النسب من الام لا يتصور ألا ترى ان أمه ولده حقيقه وكذلك
 لو قال لانسان لست لا بويك لانه نفى نسبه عنهما ولا ينتفى عن الام لانها ولده فيكون كذبا بخلاف قوله لست لا ببيك لان
 ذلك ليس بنفى لولادة الام بل هو نفى النسب عن الاب ونفى النسب عن الاب يكون قذفا للام وكذلك لو قال له
 لست لا ببيك ولست لامك في كلام موصول لم يكن قذفا لان هذا وقوله لست لا بويك سواء ولو قال له لست لا آدم أو
 لست لرجل أو لست لانسان لا حد عليه لانه كذب محض لان نسبه لا يحتمل الاقطاع عن هؤلاء فكان كذبا
 محضا لا قذفا فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل يا زانية انه لا يكون قذفا عندهما وعند محمد يكون قذفا
 (وجه) قوله ان الهاء قد تدخل صلة زائدة في الكلام قال الله تعالى عز شأنه خيرا عن الكفار ما أغنى عنى ماله هلك
 عنى سلطانيه ومعناه مالى وسلطاني والهاء زائدة في حذف الزائد فيبقى قوله يا زانية وقبدها في الكلام للمبالغة
 في الصفة كما يقال علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يحتل به معنى القذف يدل عليه ان حذفه في نعت المرأة لا يخل بمعنى
 القذف حتى لو قال لامرأة يا زانية يجب الحد بالاجماع فكذلك الزيادة في نعت الرجل ولهما انه قذفه بما لا يتصور
 فيلغو ودليل عدم التصور انه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين لان الهاء في الزانية هاء التأنيث كالضاربة والقاتلة
 والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامرأة يا زانية لانه أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء
 وهاء التأنيث قد تحذف في الجملة كالحائض والطالق والحامل ونحو ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقذوف فيه وهو المكان فهو ان يكون القذف في دار العدل فان كان في دار الحرب
 أو في دار البنى فلا يوجب الحد لان المقيم للحدودهم الأئمة ولا ولاية لامام أهل العدل على دار الحرب ولا على دار البنى

فلا يقدر على الإقامة فيهما فالقذف فيهما لا ينعقد موجبا للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك لان الاستيفاء للواجب والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٠ وأما الذي يرجع الى نفس القذف فهو أن يكون مطلقا عن الشرط والاضافة الى وقت فان كان معلقا بشرط أو مضافا الى وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط أو الوقت يمنع وقوعه قذفا للحال وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كأنه نحر القذف كما في سائر التعليقات والاضافات فكان قاذفا تقدير امع انعدام القذف حقيقة فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال رجل من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت أنه لا حد على المبتدى لانه علق القذف بشرط القول وكذلك اذا قال رجل ان دخلت هذه الدار فانت زان أو ابن الزانية فدخل لا حد على القائل لما قلنا وكذا من قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غدا أو رأس شهر كذا فجاء الغد والشهر لا حد عليه لان اضافة القذف الى وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المال على ما بينا والله عز وجل أعلم

فصل ١١ وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي فنقول وبالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبينه والاقرار لكن عند استجماع شرائطها أما شرائط البينة القائمة على الحد (فمنها) ما يعم الحدود كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض أما الذي يعم الكل فالذكورة والاصالة فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي في الحدود كلها تمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها في كتاب الشهادات والحدود لا تثبت مع الشبهات ولو ادعى القاذف أن المذوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي لان الشهادة ههنا قامت على استقاط الحد لا على اثباته والشبهة تمنع من اثبات الحد لا من اسقاطه (وأما) الذي يخص البعض دون البعض (فمنها) عدم التقادم وانه شرط في حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط في حد القذف والفرق ان الشاهد اذا عين الجريمة فهو مخير بين اداء الشهادة بحسبة لله تعالى لقوله تعالى عز وجل وأقيموا الشهادة لله وبين التستر على أخيه المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة فلم يشهد على فور المعايينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل على ان الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال أيا قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فأنما شهدوا عن ضعف ولا شهادة لهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على ان مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان التأخير والحالة هذه يورث تهمة ولا شهادة للتهمة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف حد القذف لان التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة لان الدعوى هناك شرط فاحتمل ان التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعى والدعوى ليست بشرط في الحدود الثلاثة فكان التأخير لما قلنا ويشكل على هذا فصل السرقة فان الدعوى هناك شرط ومع هذا التقادم مانع واختلفت عبارات مشايخنا في الجواب عن هذا الاشكال فقال بعضهم ان معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة وقد وجد السبب الظاهر في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسديد لان الاصل تعليق الحكم بالحكمة الا اذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا يخرج فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقدير اوهنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم توجد في السرقة لما بينا فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم وقال بعضهم انما لا تقبل الشهادة في السرقة لان دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح لان المدعى في الابتداء مخير بين أن يدعى السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتسابا لا إقامة الحد وبين أن يدعى أخذ المال سترأ على أخيه المسلم فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والاعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الاعراض عن جهة الستر فلا يصح اعراضه ولم يجعل قاصدا جهة الحسبة لانه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم يصح دعواه السرقة فلم تقبل

الشهادة على السرقة لان قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشرط فيه الدعوى فبقى مدعياً أخذ المال لا غير
فتقبل الشهادة حسبة اذ التتقدم لا يمنع قبول الشهادة على الاموال بخلاف حد القذف لان المقذوف ليس
بمخير بين بدل النفس وبين اقامة الحد بالدعوى بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم
بالتأخير فكانت الدعوى صحيحة منه والشيخ منصور الماتريدي رحمه الله أشار الى معنى آخر في شرح الجامع
الصغير حكيت بلفظه وهو أن عادة السراق الاقدام على السرقة في حال الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع الخفية
وصاحب الحق لا يطالع على من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم وبخبرهم فاذا اکتتموا أو تموا وقد يعلم المدعى شهوده في غير
ذلك من الحقوق ويطلبها اذا احتاج اليها فكانوا في سعة من تأخيرها واذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقدم قبلت في
حق المال لان بطلانها في حق الحد تمكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع الشبهة وأما المال فيثبت معها ثم التقدم انما
يمنع قبول الشهادة في الحدود الثلاثة اذا كان التقدم في التأخير من غير عذر ظاهر فأما اذا كان لعذر ظاهر بأن كان
المشهد عليه في موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد فيه حاكم فشهدوا عليه جازت شهادتهم وان تأخرت لان هذا
موضع العذر فلا يكون التقدم فيه مانعاً ثم يقدر أبو حنيفة رحمه الله للتقدم تقدير او فوض ذلك الى اجتهاد كل حاكم
في زمانه فانه روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في التقدم شيئاً وجهده نابه أن يوقت
فأبى وأبو يوسف ومحمد رحمه الله قد راه بشهران كان شهر أو أكثر فهو متقدم وان كان دون شهر فليس بمتقدم
لان الشهر أدنى الاجل فكان مادونه في حكم العاجل ولا يحنيفة رحمه الله أن التأخير قد يكون لعذر والاعذار في
اقتضاء التأخير مختلفة فتعذر التوقيت فيه ففوض الى اجتهاد القاضي فيما يعد ابطاء وما لا يعد واذ لم تقبل شهادة
الشهود بزمان تقدم هل يحدون حد القذف حكى الحسن بن زياد أنهم يحدون وتأخيرهم محمول على اختيار جهة الستر
فخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقى قذفاً فيوجب الحد وقال الكرخي رحمه الله الظاهر أنه لا يجب عليهم الحد وهكذا
ذكر القاضي في شرحه أنه لا حد عليهم لان تأخيرهم وان أوردت تهمة وشبهة في الشهادة فاصل الشهادة باق فلما اعتبرت
الشبهة في اسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلان تعتبر حقيقة الشهادة لا اسقاط حد القذف عن الشهود أولى (ومنها)
قيام الراحة وقت أداء الشهادة في حد الشرب في قولهما وعند محمد ليس بشرط والحجج ستأتي في موضعها (ومنها)
عدد الاربع في الشهود في حد الزنا لقوله عز اسمه واللاتي يأتين بفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم
وقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقوله تبارك وتعالى لولا جاءوا عليه بأربعة
شهداء ولان الشهادة أحد نوعي الحجج فيعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار وهناك عدد الاربع شرط كذاهنا بخلاف
سائر الحدود فان عدد الاقرار الاربع لم يشترط فيها فكذا عدد الاربع من الشهود ولان اشتراط عدد الاربع في
الشهادة يثبت معدولاً به عن القياس بالنص والنص ورد في الزنا خاصة فان شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل
شهادتهم لنقصان العدد المشروط وهل يحدون حد القذف قال أصحابنا يحدون وقال الشافعي رحمه الله اذا جاءوا بحجج
الشهود لم يحدوا وعلى هذا الخلاف اذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهما في لحاف واحد ولم يزد عليه أنه يحد الثلاثة
عندنا ولا حد على الرابع لانه لم يقذف الا اذا كان قال في الابتداء أشهد أنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكر فحينئذ يحد
(وجه) قول الشافعي رحمه الله أنهم اذا جاءوا بحجج الشهود كان قصدهم اقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن
جناية فلم يكن قذفاً (ولنا) ما روى أن ثلاثة شهدوا على مغيرة بالزنا فقام الرابع وقال رأيت أقداماً بادية ونفساً عالياً
وأمر منكر اولاً أعلم ما وراء ذلك فقال سبيدنا عمر رضى الله عنه له الحمد لله الذي لم يفضح رجلاً من أصحاب محمد صلى
الله عليه وسلم وحد الثلاثة وكان ذلك بمحض من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر
فيكون اجماعاً ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ القذف هو النسبة الى الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة
فيدخلون تحت آية القذف الا أنا اعتبرنا تمام عدد الاربع اذا جاءوا بحجج الشهود فقد قصدوا اقامة الحسبة واجبا حق الله

تعالى فخرج كلامهم عن كونه قذفا وصار شهادة شرعا فعند التقصان بقي قذفا حقيقة فيوجب الحد ولو شهد ثلاثة على الزنا وشهد رابع على شهادة غيره تحملا لثلاثة لان شهادتهم صارت قذفا لتقصيان العدد ولا حد على الرابع لانه لم يقذف بل حكى قذف غيره ولو علم أن أحد الاربع عبد أو مكاتب أو صبي أو أعمى أو محدود في قذف حدوا جميعا لان الصبي والعبد ليست لهما أهلية الشهادة أصلا وراسا فانتقص العدد فصار كلامهم قذفا والأعمى والمحدود في القذف ليست لهم أهلية الشهادة أو ان كانت لهم أهلية الشهادة تحملا وسما عاقصرت أهليتهما للشهادة فانتقص العدد فصار كلامهم قذفا وسواء علم ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء وان علم ذلك بعد الامضاء فان كان الحد جديا فكذلك يحدون ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال على ما ذكرنا في كتاب الرجوع عن الشهادات وان كان رجلا لا يحدون لانه تبين ان كلامهم وقع قذفا ومن قذف حيا ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال لان الخطأ حصل من القاضي وخطأ القاضي على بيت المال لانه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مال المسلمين ولو شهد الزوج وثلاثة نهر حد الثلاثة ولا عن الزوج امر أنه لان قذف الزوج يوجب اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق الباقي فصار كلامهم قذفا فيحدون حد القذف ولو علم أن الشهود الاربعة عبيد أو كفار أو محدودون في قذف أو عريان يحدون حد القذف وان علم أنهم فساق لا يحدون والفرق ما ذكرنا أن العبد والكافر لا شهادة لهما أصلا والأعمى والمحدود في القذف لهما شهادة سما عا وتحملا لا اداء فكان كلامهم قذفا والفساق له شهادة على أصل أصحابنا سما عا واذا كان كلام الفاسق شهادة لا قذفا فلا يحدون حد القذف والله تعالى أعلم ولو ادعى المشهود عليه أن أحد الشهود الاربعة عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة أنه حر لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال الناس أحرار الا في أربع الشهادة والقصاص والعقل والحدود والمعنى فيه ما ذكرنا في غير موضع (ومنها) اتحاد المجلس وهو ان يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند أداء الشهادة فان جاؤا متفرقين يشهدون واحدا بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وان كثروا لما ذكرنا أن كلامهم قذف حقيقة وانما يخرج عن كونه قذفا شرعا بشرط أن يكونوا مجتمعين في مجلس واحد وقت أداء الشهادة فاذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفا فيوجب الحد حتى لو جاؤا مجتمعين أو متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاؤا واحدا بعد واحد وشهدوا جازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة اذ المسجد كله مجلس واحد وان كانوا خارجين من المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضربون الحد وان كانوا مثل ربيعة ومضر هكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال لو جاء ربيعة ومضر فرادى لحددتهم عن آخرهم وانما قال ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد منهم فيكون اجماعهم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطء فان كان ممن لا يتصور منه كالمجبوب لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف ولو كان المشهود عليه خصيا أو عينا قبلت شهادتهم ويحد لتصور الزنا منهما لقيام الال لاختلاف المجبوب (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان كان ممن لا يقدر كالاخرس لا تقبل شهادتهم لان من الجائز أنه لو كان قادرا لادعى شبهة ولو كان المشهود عليه بالزنا أعمى قبلت شهادتهم لان الأعمى قادر على دعوى الشبهة لو كانت عنده شبهة ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا اتعمدنا النظر الى فرجها لا تبطل شهادتهم لان أداء الشهادة لا بد له من التحمل ولا بد للتحمل من النظر الى عين الفرج ويباح لهم النظر اليها قصد إقامة الحسبة كما يباح للطبيب قصد المعالجة ولو قالوا نظرنا مكررا بطلت شهادتهم لانه سقطت عدالتهم والله تعالى أعلم (ومنها) اتحاد المشهود وهو أن يجمع الشهود الاربعة على فعل واحد فان اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد اثنان أنه زنى في مكان كذا وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدين والدارين والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لانهم شهدوا بفعلين مختلفين لا اختلاف المكانين وليس

على أحدهما شهادة الأربعة ولا حد على الشهود أيضاً عند أصحابنا وعند زفر يحدون (وجه) قوله ان عدد الشهود قد انتقص لان كل فريق شهد بفعل غير الذي شهد به الفريق الآخر وتقصان عدد الشهود بوجوب صيرورة الشهادة قدفا كما لو شهد ثلاثة بالزنا (ولنا) ان المشهود به لم يختلف عند الشهود لان عندهم ان هذا زنا واحد وانما وقع اختلافهم في المكان فنبت بشهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا اذا اختلفوا في الزمان فشهد اثنان انه زنى بها في يوم كذا وانان في يوم آخر ولو شهد اثنان انه زنى في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان انه زنى في هذه الزاوية الاخرى منه يحد المشهود عليه لجواز ان ابتداء الفعل وقع في هذه الزاوية من البيت وانهاؤه في زاوية أخرى منه لا يتقاهما منه واضطر ابهاما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيراً لا تقبل لانه يكون بمنزلة البيتين ولو شهد أربعة بالزنا بمرأة فشهد اثنان أنه استكرهها واثنان انها طوعته لا حد على المرأة بالاجماع لان الحد لا يجب الا بالزنا طوعاً ولم تثبت الطوعية في حقها (وأما) الرجل فلا حد عليه أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحد (وجه) قولهما ان زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الأربعة الا أنه تفرد اثنان منهم بأبواب زيادة الا كراه منه وانه لا يمنع وجوب الحد كما لو زنا بها مستكرهه ولا يبي حنيفة عليه الرحمة ان المشهود قد اختلف لان فعل المكره غير فعل من ليس بمكره فقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على أحدهما شهادة الأربعة فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند أصحابنا الثلاثة خلا لفرق وقد مر الكلام فيه في اختلافهم في المكان والزمان والله تعالى أعلم ثم الشهود اذا استجمعوا شرائط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضي سألهم القاضي عن الزنا ماهو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا ومن زنا اما السؤال عن ماهية الزنا فلا نه يحتمل انهم أرادوا به غير الزنا المعروف لان اسم الزنا يقع على أنواع لا توجب الحد قال عليه الصلاة والسلام العيان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وأما السؤال عن الكيفية فلا نه يحتمل انهم أرادوا به الجماع فيما دون الفرج لان ذلك يسمى جماعاً حقيقة أو مجازاً فانه لا يوجب الحد واما السؤال عن الزمان فلا نه يحتمل انهم شهدوا بزنا متقدماً والتقدم يمنع قبول الشهادة بالزنا واما السؤال عن المكان فلا نه يحتمل انه زنا في دار الحرب أو في دار البغى وانه لا يوجب الحد واما السؤال عن الزنى بها فلا نه يحتمل ان تكون الموطوعة ممن لا يجب الحد بوطئها كجارية الابن وغير ذلك فاذا سألهم القاضي عن هذه الجملة فوصفوا سؤال المشهود عليه أهو محصن أم لا فان أنكر الاحصان وشهد على الاحصان رجلاً أو رجلاً وامراً اثنان على الاختلاف سأل الشهود عن الاحصان ماهو لان لشرائط يجوز ان تخفى على الشهود فاذا وصفوا قضى بالرجم ولو شهدت بينة الاحصان انه جامعها أو باضعها صار محصناً لان هذا اللفظ في العرف مستعمل في الوطء في الفرج ولو شهدوا انه دخل بها صار محصناً وهذا قوله جامعها سواء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يصير محصناً (وجه) قوله ان هذا اللفظ يستعمل في الوطء ويستعمل في الزفاف فلا يثبت الاحصان مع الاحتمال ولهما ان الدخول بالمرأة في عرف اللغة والشرع يراد به الوطء قال الله تعالى عز شأنه و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن حرم سبحانه وتعالى الربيبة بشرط الدخول بامها فعلم ان المراد من الدخول هو الوطء لانها تحرم بمجرد نكاح الام من غير وطء وذكر القاضي في شرحه الاختلاف على القلب فقال على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصير محصناً ما لم يصرح بالوطء وعلى قول محمد رحمه الله يصير محصناً ولو شهدوا على الدخول وكان له منها ولد هو محصن بالاجماع وكفى بالولد شاهداً والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الاقرار بالحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الحدود كلها فمنها البلوغ فلا يصح اقرار الصبي في شيء من الحد ودلان سبب وجوب الحد لا بدوان يكون جنائياً وفعل الصبي لا يوصف بكونه جنائياً فكان اقراره كذباً محضاً ومنها النطق وهو ان يكون الاقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والاشارة حتى ان الاخرس لو كتب الاقرار في كتاب أو أشار باليد اشارة معلومة لا حد عليه لان الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهي ألا ترى انه لو أقر

بالوطء الحرام لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا والبيان لا يتناهى الا بالصريح والكتابة والاشارة بمنزلة الكتابة فلا
يوجب الحد واما البصر فليس بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار الاعمى في الحدود كلها كالصيرلان الاعمى لا يمنع
مباشرة سبب وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصح اقرار الرقيق والذمي والمرأة في
جميع الحدود وعند زفر رحمه الله لا يصح اقرار العبد بشئ من أسباب الحدود من غير تصديق المولى والكلام في
التصديق على نحو ما ذكرنا في كتاب السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم (واما) الذي يخص البعض دون البعض فمنها عدد
الاربعة في حد الزنا خاصة وهو ان يقرأ أربع مرات وهذا عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة ليس بشرط ويكتفى
باقراره مرة واحدة (وجه) قوله ان الاقرار انما صار حجة في الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب
وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سواء لان الاقرار اخبار والخبر لا يزيد رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط في سائر
الحدود بخلاف عدد المثنى في الشهادة لان ذلك بوجوب زيادة ظن عليه فيها الا ان شرط العدد الاربع في باب الزنا
تعبد أفيقتصر على موضع التعبد (ولنا) ان القياس ما قاله الا ان تركنا القياس بالنص وهو ما روى ان ما عزأ جاء الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فآقر بالزنا فاعرض عنه عليه الصلاة والسلام بوجهه الكريم هكذا الى الاربع فلو
كان الاقرار مرة مظهر الحد لما أخره رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاربع لان الحد بعد ما ظهر وجوبه للامام
لا يحتمل التأخير (واما) العدد في الاقرار بالقذف فليس بشرط بالاجماع وهل يشترط في الاقرار بالسرقة والشرب
والسكر قال أبو حنيفة رحمه الله ليس بشرط وقال أبو يوسف رحمه الله ان كلما يسقط بالرجوع فعدد الاقرار فيه كعدد
الشهود وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان عند أبي يوسف يشترط الاقرار مرتين في مكانين (وجه) قوله ان حد
السرقة والشرب والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فلتزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد كما في الزنا الا انه
يكتفى بهن بالمرتين ويشترط الاربع هناك استدل لا بالبينه لان السرقة والشرب كل واحد منهما يثبت بنصف ما
يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين فكذلك الاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط التكرار في الاقرار لما ذكرنا
انه اخبار والخبر لا يزداد بتكرار الخبر وانما عرفنا عدد الاربع في باب الزنا بنص غير معقول المعنى فيقتصر على مورد
النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقرأ أربع مجالس واختلف المشايخ في انه يعتبر بمجالس القاضي أو بمجالس المقر
والصحيح انه يعتبر بمجالس المقر وهكذا روى عن أبي حنيفة انه يعتبر بمجالس المقر لانه عليه الصلاة والسلام اعتبر
اختلاف مجالس ما عز حيث كان يخرج من المسجد في كل مرة ثم يعود ومجلسه عليه الصلاة والسلام لم يختلف وقد
روى عن أبي حنيفة في تفسير اختلاف مجالس المقر هو ان يقرأ مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجيء
فيقرأ ثم يذهب هكذا أربع مرات ومنها ان يكون اقراره بين يدي الامام فان كان عند غيره لم يجز اقراره لان اقرار
ما عز كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو أقر في غير مجلس القاضي وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم
لانه ان كان مقرافا للشهادة لغولان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكرافا لانكار منه رجوع والرجوع عن
الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله عز وجل صحيح والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الصحة في الاقرار بالزنا والسرقة
والشرب والسكر حتى لو كان سكران لا يصح اقراره اما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلا ان السكران من صار بالشرب
الى حال لا يعقل قليلا ولا كثيرا فكان عقله زائلا مستورا حقيقة واما على أصلهما فلا انه اذا غلب الهذيان على كلامه
فقد ذهبت منفعة العقل ولهذا لم تصح رده فيورث ذلك شبهة في وجوب الحدود وليس بشرط في الاقرار بالحدود
والقصاص لان القصاص خالص حق العبد وللعبد حق في حد القذف فيصح مع السكر كالاقرار بالمال وسائر
التصرفات واذا صح فان دام على اقراره تقام عليه الحدود كلها وان أنكر فلا نكار منه رجوع فيصح في الحدود الخالصة
وهو حد الزنا والشرب والسرقة في حق القطع ولا يصح في القذف والقتل العمد والله تعالى أعلم ومنها ان يكون
الاقرار بالزنا ممن يتصور وجود الزنا منه فان كان لا يتصور كالمجنون لم يصح اقراره لان الزنا لا يتصور منه لا لعدم

الآلة ويصح اقرار الخصى والعنين لتصوير الزنا منهما لتحقيق الآلة والذي يحسن ويفيق اذا أقر في حال افاقته فهو
 مثل الصحيح لانه في حال افاقته صحيح ومنها ان يكون المزي به في الاقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان لم
 يكن بان اقر رجل انه زنى بامرأة خرساء أو أقرت امرأة انها زنت باخرس لم يصح اقراره لان من الجائز انه لو كان
 يفدر على النطق لدعى النكاح أو أنكر الزنا ولم يدع شيئا فيندري عنه الحد لما ذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واما
 حضرة المزي به في الاقرار بالزنا والشهادة عليه فليست بشرط حتى لو أقر انه زنى بامرأة غائبة أو شهد عليه الشهود
 بالزنا بامرأة غائبة صح الاقرار وقبلت الشهادة ويقام الحد على الرجل لان الغائب بالغيبة ليس الا الدعوى وانها
 ليست بشرط ولهذا رجم ما عزم من غير شرط حضور تلك المرأة وكذلك العلم بالمزي بها ثم اذا صح اقراره بالزنا
 بامرأة غائبة يعرفها حضرت المرأة فلا يخلو اما ان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل واما ان حضرت بعد اقامة
 فان حضرت بعد اقامة فان أقرت بمثل ما أقر به الرجل نحد أيضا كما حد الرجل وان أنكرت وادعت على الرجل
 حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لانه لا يجب عليه حدان وقد أقيم أحدهما فلا يقام الآخر وان حضرت قبل
 اقامة الحد على الرجل فان أنكرت الزنا وادعت النكاح أو لم يدع وادعت حد القذف على الرجل أو لم تدع فحكمه
 نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والعلم بالمزي بها ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زينت بامرأة ولا أعرفها
 صح اقراره ويحد والعلم بالمشهود به شرط صحة الشهادة حتى لو شهد الشهود على رجل انه زنى بامرأة وقالوا لا نعرفها
 لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه والفرق ان المقر في الاقرار على نفسه يبنى الامر على حقيقة الحال
 خصوصاً في الزنا فكان اقراره اخباراً عن وجود الزنا منه حقيقة الا انه لم يعرف اسم المرأة ونسبها وذا لا يورث شبهة
 فاما الشاهد فانه بشهادته يبنى الامر على الظاهر لا على الحقيقة لقصور علمه عن الوصول الى الحقيقة فقولهم لا نعرف
 تلك المرأة يورث شبهة لجواز ان الامر أنه أو امرأته فيها شبهة حل أو ملك فهو الفرق والله تعالى أعلم واما عدم التقادم
 فهل هو بشرط لصحة الاقرار بالحد ما في حد القذف فليس بشرط لانه ليس بشرط اقبول الشهادة فاولى ان لا يكون
 شرطاً لصحة الاقرار وكذلك في حد الزنا عندنا اثباتا لثلاثة وعند زفر رحمه الله كفاي الشهادة (ولنا) الفرق بين
 الاقرار والشهادة وهو ان المانع في الشهادة تمكن التهمة والضعفينة وهذا لا يوجد في الاقرار لان الانسان غير متمسك
 في الاقرار على نفسه وكذا في حد السرقة لما قلنا واما في حد الشرب فشرط عندهما وعند محمد رحمه ليس بشرط بناء
 على ان قيام الراحة بشرط صحة الاقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم وعند محمد رحمه ليس بشرط ولو لم يتقدم
 العهد ولكن ريجحاً لا يوجد منه لم يصح الاقرار عندهما خلافاً له (وجه) قول محمد رحمه الله ان حد الشرب ليس
 بنصوص عليه في الكتاب والسنة وانما عرف باجماع الصحابة واجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضي الله
 عنه ولم يثبت فتواه عند زوال الراحة فانه روى ان رجلاً جاءه بن أخ له الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاعترف
 عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنت لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيراً ثم قال رضي الله عنه تلتلوه
 ومن مزوه واستنكبه فانه وجدتم راحة الخمر فاجلده وأقضى رضي الله عنه بالحد عند وجود الراحة ولم يثبت فتواه عند
 عدمها واذ لم يثبت فلا ينعقد الاجماع بدونه فلا يجب بدونه لان وجوبه بالاجماع ولا اجماع ثم انما تعتبر الراحة اذا لم يكن
 سكران فاما اذا كان سكران فلا لان السكر أدل على الشرب من الراحة ولذلك لو جىء به من مكان بعيد لا تبقى الراحة
 باجبي عن مثله عادة يحد وان لم توجد الراحة للحال لان هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الراحة فيه والله تعالى أعلم واذ
 أقر اسنان بالزنا عند التماضي ينبغي ان يظهر الكراهة أو يطرده وكذا في المرة الثانية والثالثة هكذا فعل عليه الصلاة
 والسلام بمنعز وكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال اطردها المعترفين أى بالزنا فاذا أقر أو بعاً نظري
 حاله أهو صحيح العقل أم به آفة هكذا قال عليه الصلاة والسلام لما عزأ بك خبل أم بك جنون وبعث الى قومه فسألهم
 عن حاله فاذا عرف انه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه وعن المزي به الماذ كرفا في الشهادة

ولا يسأله عن الزمان لأن السؤال عن الزمان لمكان احتمال التقدّم والتأخّر في الإقرار وإنما يقدح في الشهادة ويجوز أن يسأل عن الزمان أيضاً لا احتمال أنه زنى في حال الصغر فإذا بين ذلك كدسأله عن حاله أهو محصن أم لا لأن حكم الزنى يختلف بالاحصان وعدمه فإن قال أنا محصن سأله عن ماهية الاحصان أنه ما هو لأنه عبارة عن اجتماع شرائط لا يقدر عليها كل أحد فإذا بين رحمه وأما علم القاضى فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقه حتى لا يقضى بشئ من ذلك بعلمه لكنه يقضى بالمال في السرقة لأن القاضى يقضى بعلمه في الاموال سواء علم بذلك قبل زمان القضاء ومكانه أو بعدهما بلا خلاف بين أحنابنا وسواء علم بذلك معاينة بأن رأى انساناً زنى ويشرب ويسرق أو سماع الإقرار به في غير مجلسه الذي يقضى فيه بين الناس فإن كان إقراره في مجلس القضاء لزمه بموجب إقراره اذ لو لم يقبل إقراره لا محتاج القاضى الى أن يكون معه جماعة على الإقرار في كل حادثة واجماع الامة بخلافه والله تعالى أعلم ويظهر به حد القذف في زمان القضاء ومكانه كالقصاص وسائر الحقوق والاموال بلا خلاف بين أحنابنا وإنما اختلفوا في ظهور ذلك بعلمه في غير زمان القضاء ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك بدلاً في كتاب آداب القاضى ولا يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضى بالمال لأن النكول امدل وأما إقراره فيه شبهة العدم والحد لا يحتمل البدل ولا يثبت بالشبهة والمال يحتمل البدل والثبوت بالشبهة وأما الخصومة فهل هي شرط ثبوت الحد بالشهادة والإقرار فلا خلاف في أنها ليست بشرط في حد الزنا والشرب لأنه خالص حق الله عز وجل والخصومة ليست بشرط في الحدود الخالصة لله تعالى لأنها مقام حسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد ولا خلاف في حد السرقة أن الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لأن حد السرقة وإن كان حق الله تعالى خالصاً لكن هذا الحق لا يثبت إلا بعد كون المسرور مالكاً للمسرور ومنه ولا يظهر ذلك إلا بالخصومة وفي كونها شرط الظهور بالإقرار خلاف ذكرناه في كتاب السرقة ولا خلاف أيضاً في أنها شرط الظهور بالشهادة على القذف والإقرار به أما على أصل الشافعى رحمه الله فلا لأنه خالص حق العبد فيشترط فيه الدعوى كما في سائر حقوق العباد وعندنا حق الله تعالى عز شأنه وإن كان هو المقلب فيه لكن للعبد فيه حق لأنه ينتفع به بصيانة عرضه عن المتهتك فيشترط فيه الدعوى عن هذه الجهة وإذا عرف أن الخصومة في حد القذف شرط كون النية والإقرار مظهرين فيه فيقع الكلام في موضعين أحدهما في بيان الأحكام التي تتعلق بالدعوى والخصومة والثاني في بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها أما الأول فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى الأفضل للمقذوف أن يترك الخصومة لأن فيها اشاعة الفاحشة وهو مندوب الى تركها وكذا العفو عن الخصومة والمطالبة التي هي حقها من باب الفضل والكرامة وقد قال الله تعالى وإن تعنوا أقرب للتقوى وقال سبحانه وتعالى ولا تنسوا الفضل بينكم وإذا رفع الى القاضى يستحسن للقاضى أن يقول قبل الاتيان بالبينه أعرض عن هذا لأنه نذب الى الستر والعفو وكل ذلك حسن فإذا لم يترك الخصومة وادعى القذف على القاذف فأنكر ولا بينة للمدعى فأراد استحلافه بالله تعالى ما قذفه هل يحلف ذكر الكرخى عليه الرحمة أنه لا يحلف عند أحنابنا خلافاً للشافعى رحمه الله وذكر في أدب القاضى أنه يحلف في ظاهر الرأية عندهم وإذا نكل يقضى عليه بالحد وقال بعضهم يحتمل أن يحلف فإذا نكل يقضى عليه بالتعزير بالحد وهذه الأقاويل ترجع الى أصل وهو أن عند الشافعى رحمه الله حد القذف خالص حق العبد فيجرى فيه الاستحلاف كما في سائر حقوق العباد وأما على أصل أحنابنا ففيه حق الله تعالى عز وجل وحق العبد فمن قال منهم أنه يحلف ويقضى بالحد عند النكول اعتبر ما فيه من حق العبد فالختمه في التحليف بالتعزير ومن قال منهم أنه لا يحلف أصلاً اعتبر حق الله سبحانه وتعالى فيه لأنه المقلب فالختمه بسائر حقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة والجامع أن المقصود من الاستحلاف هو النكول وأنه على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة بدل والحد لا يحتمل البدل وعلى أصلهما إقراره فيه شبهة العدم لأنه ليس بصرح إقرار بل هو إقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة العدم والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ومن قال منهم أنه يحلف ويقضى عليه بالتعزير عند النكول

دون الحد اعتبار حق العبد فيه للاستحلاف كالتعزير واعتبر حق الله سبحانه وتعالى للمنع من إقامة الحد عند النكول كسائر الحدود ومثل هذا جائز كحد السرقة انه يجري فيه الاستحلاف ولا يقضى عند النكول بالحد ولكن يقضى بالمال وكما قال أبو يوسف ومحمد عليهما الرحمة في القصاص في الطرف والنفس انه يحلف وعند النكول لا يقضى بالتمصاص بل بالدية على ما عرف وان قال المدعى لى بينة حاضرة في المصر على قذفه يحبس المدعى عليه القذف الى قيام الحياكم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة أى يقال للمدعى لازمه الى هذا الوقت فان أحضر البينة فيه والا خلى سبيله ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ منه الكفيل وهذا بناء على أن الكفالة في الحدود غير جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله حيث قال في الكتاب ولا كفالة في حد ولا قصاص وعندهما يكفل ثلاثة أيام وذكر الجصاص في تفسير قول أبي حنيفة رضى الله عنه ان معناه لا يؤخذ الكفيل في الحدود والقصاص جبرا فاما اذا بذل من نفسه وأعطى الكفيل فهو جائز بالاجماع وظاهر اطلاق الكتاب يدل على عدم الجواز عنده لان كلمة النفي اذا دخلت على الافعال الشرعية يراد بها نفي الجواز من الاحل كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بطهور ولا نكاح الا بشهود ونحو ذلك (وجه) قولهما ان الحبس جائز في الحدود والكفالة أولى لان معنى الوثيقة في الحبس أبلغ منه في الكفالة فلما جاز الحبس فالكفالة تأحق بالجواز ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها على الدرء والاستقاط قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة بخلاف الحبس فان الحبس للهمة مشروع روى انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالهمة وقد ثبتت الهمة في هذه المسئلة بقوله لى بينة حاضرة في المصر فجاز الحبس فاذا أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضي أى لم تظهر عبد التهما بعد الحبس فلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيل وان أقام شاهداً واحداً عدلا حبس عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحبس ويؤخذ منه كفيل (وجه) قولهما ان الحق لا يظهر بقول الواحد وان كان عدلا فالحبس من أين بخلاف الشاهدين فان سبب ظهور الحق قد وجد وهو كمال عدد الحجّة الا ان توقف الظهور لتوقف ظهور العدد التي ثبتت الشبهة فيحبس (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان قول الشاهد الواحد وان كان لا يوجب الحق فانه يوجب التهمة وحبس المتهم جائز ولو قال المدعى لا بينة لى أو بينة غائبة أو خارج المصر لا يحبس بالاجماع لعدم التهمة فان قامت البينة للمقذوف على القذف أو أقر القاذف به فان القاضي يقول له أقم البينة على صحة قذفك فان أقام أربعة من الشهود على معاينة الزمان المقذوف أو على اقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف وان عجز عن إقامة البينة يقيم حد القذف على القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وان طلب التأجيل من القاضي وقال شهودى غيب أو خارج المصر لم يؤجله ولو قال شهودى فى المصر أجله الى آخر المجلس ولازمه المقذوف ويقال له ابعث أحد الى شهودك فأحضرهم ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه فى قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما يؤجل يومين أو ثلاثة ويؤخذ منه الكفيل (وجه) قولهما انه يحتمل ان يكون صادقا فى اخباره ان له بينة فى المصر وربما لا يمكنه الاحضار فى ذلك الوقت فيحتاج الى التأخير الى المجلس الثانى وأخذ الكفيل لثلاث فوات حتمه عسى ولا يبي حنيفة رحمه الله ان فى التأجيل الى آخر المجلس الثانى منعاً من استيفاء الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز بخلاف التأخير الى آخر المجلس لان ذلك القدر لا يعد تأجيلا ولا منعاً من استيفاء الحد بعد ظهوره وروى عن محمد رحمه الله انه اذا ادعى ان له بينة حاضرة فى المصر ولم يجد أحد أبعثه الى الشهود فان القاضي يبعث معه من الشرط من يحفظه ولا يتركه حتى يقر فان لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدق مقالته قبلت بينته وسقطت بينة الجلدات ولا تبطل شهادته ويقام حد الزنا على المقذوف كما لو أقامها قبل ان يضرب الحد أصلا ولو ضرب الحد تمامه ثم أقام البينة على زنا المقذوف قبلت بينته ويظهر أثر القبول فى جواز شهادة القاذف وان لا يصير مردودا للشهادة لانه تبين انه لم يكن

محدوداً في القذف حقيقة حيث تبين ان المذدوف لم يكن محصناً لان من شرائط الاحصان العفة عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصرا بالتأذير مردود الشهادة ولا يظهر أثر قبول هذه الشهادة في اقامة حد الزنا على المذدوف لان معنى القذف قد تقرر باقامة الحد على القاذف ولو قذف رجلاً فقال يا ابن الزانية ثم ادعى التأذير ان ام المذدوف امة أو نصرانية والمذدوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المذدوف اقامة البينة على الحرية والاسلام وكذلك لو قذف انسا في نفسه ثم ادعى القاذف ان المذدوف عبد فالقول قول القاذف وكذلك لو قال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المذدوف أنت حر فالقول قول القاذف لان الظاهر وان كان هو الحرية والاسلام لان دار الاسلام دار الاحرار لكن الظاهر لا يصلح للالزام على الغير فلا بد من الاتيان بالبينة وروى عن أبي يوسف فيمن قذف أم رجل فان كان القاضي يعرف أمه حرة مسلمة جلد القاذف لان الحرية والاسلام يثبتان بالبينة فعلم القاضي أولى لانه فوق البينة لان الحرية والاسلام من شرائط الاحصان والاحصان شرط الوجوب والقاضي يقضي بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلان يقضي بعلمه بشرط الوجوب أولى فان لم يعلم القاضي حبسه في السجن حتى يأتي بالبينة لانه ظهر منه القذف وانه يوجب العقوبة سواء كان المذدوف أمه حرة أو أمة فجاز ان يستوثق منه بالحبس وان لم يتم بينته أخذه كفيلاً أو أخرجه وأخذ الكفيل على مذهبه فاما على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يؤخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره لان التعزير من القاضي حكم بابطال احصان المذدوف لان قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بابطال الاحصان ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا في مكان القذف أو زمانه بان شهد أحدهما انه قذف في مكان كذا وشهد الآخر انه قذف في مكان آخر أو شهد أحدهما انه قذف يوم الخميس وشهد الآخر انه قذف يوم الجمعة قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما انهما شهدا بقذفين مختلفين لان القذف في هذا المكان والزمان يخالف القذف في مكان آخر وزمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذي شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت ولا يوجب حنيفة رحمه الله ان اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز انه كرر القذف الواحد في مكانين وزمانين لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتمل التكرار والاعادة والمعادين الاول حكماً وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً فند اجتمع عليه شهادة شاهدين وان اتفقا في المكان والزمان واختلفا في الانشاء والاقرار بأن شهد أحدهما انه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة وشهد الآخر انه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة لا تقبل ولا حد عليه في قولهم جميعاً استحساناً والقياس أن تقبل ويحد (وجه) القياس ان اختلاف كلامهما في الانشاء والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا شهد أحدهما بالإنشاء البيع والآخر بالاقرار به انه تقبل شهادتهما كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الانشاء مع الاقرار أمران مختلفان حقيقة لان الانشاء اثبات أمر لم يكن والاقرار اخبار عن أمر كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفاً وليس على أحدهما شاهدين فلا تقبل ونظيره من قال لامرأته زيت قبل ان أتزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال لها قذفتك بالزنا قبل ان أتزوجك فعليه الحد لا اللعان لان قوله زيت انشاء القذف فكان قاذفاً لها وهي للحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد وقوله قذفتك بالزنا اقرار منه بقذف كان منه قبل التزوج وهي كانت أجنبية قبل التزوج وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة الا بالله تعالى المذدوف لا يخلو اما ان يكون حياً وقت القذف واما ان يكون ميتاً فان كان حياً فلا خصومة لاحد سواء كان ولده أو والده وسواء كان حاضراً أو غائباً لانه اذا كان حياً وقت القذف كان هو المذدوف بصورة ومعنى بالحق العار به فكان حق الخصومة له وهل تجوز الانابة في هذه الخصومة وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف أصحابنا فيه عندنا يجوز وقال أبو يوسف

لا يجوز والمسئلة مرت في كتاب الوكالة ولا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله والمراد بذلك ان حضرة المقدوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء عندنا وعنده ليس بشرط وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته على أن هذا الحد عنده حد المقدوف على الخلوص فتجرب في النياية في الاثبات والاستيفاء جميعاً (ولنا) ان الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة لجواز انه لو كان حاضر الصدق القاذف في قذفه والحدود لا تسوي مع الشبهات ولو كان المقدوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط الحد عندنا خلافاً للشافعي بناء على ان حد القذف لا يورث عندنا وعند يورث ويستأني المسئلة في موضعها هذا اذا كان حيا وقت القذف (وأما) اذا كان ميتاً فلا خلاف في أن ولده ذكر أو أنثى ولا بن ابنة وبنت ابنة وان سفلوا ولوالده وان علا ان يخصم القاذف في القذف لان معنى القذف هو الحاق العار بالمقدوف والميت ليس بحل لاحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعاً اليه بل الى فروعه وأصوله لانه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزئية والبعضية وقذف الانسان يكون قذفاً لاجزائه فكان القذف بهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم بخلاف ما اذا كان المقدوف حيا وقت القذف ثم مات انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف أضيف اليه وهو كان محلاً قابلاً للقذف بصورة ومعنى بالحاق العار به فانه قد القذب موجبا حق الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث وهذا الحد لا يحتمل الارث لما نذكر فسقط ضرورة ولا خلاف في أن الاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات لا يملكون الخصومة لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية فالقذف لا ينافيهم لا صورة ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولا لاية الخصومة لان القذف لم يتناوله صورة ومعنى بالحاق العار به واختلف أصحابنا رضي الله عنهم في أولاد البنات انهم هل يملكون الخصومة عندهما يملكون وعند محمد لا يملكون (وجه) قوله ان ولد البنت ينسب الى أبيه لا الى جده فلم يكن مقدوفاً معنى بقذف جده (ولهما) أن معنى الولاد موجود والنسبة الحقيقية ثابتة بواسطة أمه فصارت مقدوفاً معنى فيملك الخصومة وهل يراعى فيه الترتيب بتقديم الاقرب على الاعد قال أصحابنا رضي الله عنهم الثلاثة لا يراعى والا قرب والا بعد سواء فيه حتى كان لابن الابن ان يخصم فيه مع قيام الابن الصلبي وعند زفر رحمه الله يراعى فيه الترتيب وتثبت للاقرب فالاقرب وليس للابعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لاحاق العار بالخاص ولا شك ان عار الاقرب يزيد على الابعد فكان أولى بالخصومة (ولنا) ان هذا الحق ليس يثبت بطريق الارث على معنى انه يثبت الحق للميت ثم ينتقل الى الورثة بل يثبت لهم ابتداءً لا بطريق الانتقال من الميت اليهم لما ذكرنا ان الميت بالموت خرج عن احتمال لحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الارث فلا يراعى فيه الاقرب والا بعد وكذا لا يراعى فيه احصان الخاص بل الشرط احصان المقدوف عند أصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد أو الوالد عبداً أو ذمياً فله حق الخصومة وقال زفر رحمه الله احصان الخاص شرط وليس للعبد ولا الكافر ان يخصم (وجه) قوله أن اثبات حق الخصومة له لصيرورته مقدوفاً معنى باضافة القذف الى الميت ولو أضيف اليه القذف ابتداءً لا يجب الحد فهنا أولى (ولنا) ان الحد لا يجب لعين القذف بل للحقوق عار كامل بالمقدوف وان كان الميت محصناً فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه للحقوق عار كامل به وقد لحقه بدونه ولو كان الوارث قتله حتى حرم الميراث فله ان يخصم لما ذكرنا ان هذا الحق لا يثبت بطريق الارث ولو قذف رجل أم ابنه وهي ميتة فليس للولد ان يخصم أباه لان الاب لو قذف ولده وهو حي محصن ليس للولد ان يخصم أباه تعظيماً له ففي قذف الام الميتة أولى وكذلك المولى اذا قذف أم عبده وهي حرة ميتة فليس للعبد أن يخصم مولاه في القذف لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفات الحدود فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في حد الزنا والشرب والسكر والسرقة انه لا يحتمل العفو والصلح والابراء بعد ما ثبت بالحجة لانه حق الله تعالى خالص لا حق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه وكذا يجري

فيه التداخل حتى لو زنا مرارا أو شرب الخمر مرارا أو سكر مرارا لا يجب عليه الاحد واحد لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر وأنه يحصل بحد واحد فكان في الثاني والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز اقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة ولو زنا أو شرب أو سكر أو سرق خدش زنا أو شرب أو سرق يحد ثانياً لانه تبين أن المقصود لم يحصل وكذا اذا سرق سرقات من أناس مختلفة خاصة وجميعاً فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام في الضمان نذكره في كتاب السرقة ان شاء الله تعالى (وأما) حد القذف اذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والابراء والصلح وكذلك اذا عفا المقذوف قبل المرافعة أو صالح على مال فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله أن يطالبه بعد ذلك وعند الشافعي رحمه الله يصح ذلك كله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وكذا يجري فيه التداخل عندنا حتى لو قذف انساناً بالزنا بكلمة أو قذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب عليه الاحد واحد سواء حضر وجميعاً أو حضر واحد وقال الشافعي رحمه الله اذا قذف كل واحد بكلام على حدة فعليه لكل واحد حد على حدة ولو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف آخر ضرب السوط الاخير فقط عندنا وعنده يضرب السوط الاخير للاول وثمانين سوطاً أخر للثاني ولو قذف رجلاً خدش ثم قذف آخر يحد للثاني بالاخلاف وكذا هذا الحد لا يورث عند أصحابنا رضي الله عنهم وعندهم يورث ويتقسم بين الورثة على فرائض الله عز شأنه في قول وفي قول يتقسم بين الورثة الا الزوج والزوجة والكلام في هذا الفرع بناء على أصل مختلف بيننا وبينه وهو أن حد القذف خالص حق الله سبحانه وتعالى أو المذهب فيه حقه وحق العبد مغلوب عندنا وعنده هو حق العبد أو المذهب حق العبد (وجه) قوله أن سبب وجوب هذا الحد هو القذف والقذف جنائية على عرض المقذوف بالتعرض وعرضه حقه بدليل ان بدل نفسه حقه وهو القصاص في العمد أو الدية في الخطأ فكان البدل حقه والجزاء الواجب على حق الانسان حقه كالتقصيص والدليل عليه أنه يشترط فيه الدعوى والدعوى لا تشترط في حقوق الله تبارك وتعالى كسائر الحقوق الا أنه لم يفرض استيفاءه الى المقذوف لاجل التهمة لان ضرب القذف أخف الضربات في الشرع فلو فوض اليه اقامة هذا الحد فربما يقيم على وجه الشدة لما لحقه من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاءه الى الامام دفعاً للتهمة لانه حق الله تعالى عز شأنه (ولنا) أن سائر الحدود انما كانت حقوق الله تبارك وتعالى على الخلوص لانها وجبت لمصالح العامة وهي دفع فساد يرجع اليهم ويقع حصول الصيانة لهم فحد الزنا وجب لصيانة الابضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الاموال والا نفس عن القاصدين وحد الشرب وجب لصيانة النفس والاموال والا بضاح في الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر وكل جنائية يرجع فسادها الى العامة ومنفعة جزائها يعود الى العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله عز شأنه على الخلوص تأكيداً للنفع والدفع كيلا يسقط باسقاط العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق الى الله تبارك وتعالى وهذا المعنى موجود في حد القذف لان مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة باقامة هذا الحد فكان حق الله عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود الا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف وهذا لا ينفي كونه حقاً لله تعالى عز شأنه على الخلوص كحد السرقة أنه خالص حق الله عز شأنه وان كانت الدعوى من المسروق منه شرطاً ثم نقول انما شرط فيه الدعوى وان كان خالص حق الله تعالى عز اسمه لان المقذوف يطالب القاذف ظاهر أو غائباً دفعاً للعار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة ولان حقوق العباد يجب بطريق المماثلة اما بصورة ومعنى واما معنى لا بصورة لانها يجب بمقابلة الحل جبراً والجبر لا يحصل الا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف لا بصورة ولا معنى فلا يكون حقه وأما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يعتبر فيها المماثلة لانها يجب جزاء للفعل كسائر الحدود (ولنا) أيضاً دلالة الاجماع من وجهين أحدهما أن ولاية الاستيفاء للامام بالاجماع ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفاء له كما في القصاص (والثاني) أنه يتنصف برق القاذف

وحق الله تعالى هو الذي يحتمل التنصيف بالرق لاحق العبد لان حقوق الله تعالى تجب جزاء للفعل والجزاء يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها والجناية تتكامل بكامل حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله فاما حق العبد فانه يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف حال الجاني واذا ثبت ان حد القذف حق الله تعالى خالصا او المذهب فيه حقه فنقول لا يصح العفو عنه لان العفو انما يكون من صاحب الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لان الاعتياض عن حق الغير لا يصح ولا يجزى فيه الارث لان الارث انما يجزى في المتروك من ملك او حق للمورث على ما قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا او حقاقه لورثته ولم يوجد شي من ذلك فلا يرث ولا يجزى فيه التداخل لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل ١٠. وأما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب في حد الزنا اذا لم يكن الزاني محصنا مائة جلدة ان كان حراً وان كان مملوكا فخمسون لقوله عز شأنه فاذا أحصن فان أتى بها حشة فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب ولان العقوبة على قدر الجناية والجناية تزداد بكامل حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله والعبد أنقص حالا من الحر لا اختصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته أنقص وتقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة لان الحكم ثبت على قدر العلة هذا أمر معقول الا أن التنقيص بالتنصيف في غيره من المقادير ثبت شرعا لقوله تعالى جل شأنه فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب وفي حد الشرب والسكر والقذف ثمانون في الحر وأربعون في العبد لما قلنا وفي حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تبارك وتعالى السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا يختلف بالذكورة والانوثة في شيء من الحدود والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل ١١. وأما شرائط جواز اقامتها فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض أما الذي يعم الحدود كلها فهو الامة وهو أن يكون المقيم للحد هو الامام أو من ولاه الامام وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وللرجل أن يقيم الحد على مملوكه اذا ظهر الحد عنده بالاقرار أو بعاثنا ومرة عنده وبالمعابنة بان رأى عبده زنى أو جنيبة ولو ظهر عنده بالشهود بان شهدوا عنده والمولى من أهل القضاء فله فيه قولان وكذا في اقامة المرأة الحد على مملوكها واقامة المالك الحد على عيده من اكسابه له فيه قولان احتج بما روى عن سيدنا علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وهذا نص وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذارنت أمة احدكم فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليبعها ولو بضمير أي بحبل وهذا أيضا نص في الباب ولان السلطان انما ملك الاقامة لتسلطه على الرعية وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته ألا ترى أنه يملك الاقرار عليه بالدين ويملك عليه التصرفات والامام لا يملك شيئا من ذلك فلما ثبت الجواز للسلطان فالمرءى أولى ولهذا ملك اقامة التعزير عليه كذا الحد (ولنا) أن ولاية اقامة الحدود ثابتة للامام بطريق التعيين والمرى لا يساوي به فباشرع له بهذه الولاية فلا يثبت له ولاية الاقامة استدلالا بولاية انكاح الصغار والصغار لا يملكها المأتمن الا قريبا لم تثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الا بعد وبيان ذلك أن ولاية اقامة الحد انما ثبت للامام لمصلحة الحد والامام هو حسيانة أنفسهم وأموالهم واعراضهم لان القضية تمتنعون من التعرض خوفا من اقامة الحد عليهم والمولى لا يساوي الامام في هذا المعنى لان ذلك يقف على الامة والامام قادر على الاقامة لشوخته ومنعته وانقياد الرعية له قهرا وجبرا ولا يخاف تبعة الجناة وانبايعهم لانعدام المعارضة بينهم وبين الامام وتهمة الميل والمحابة والتواني عن الاقامة متنتفية في حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشروع له الولاية يتبين وأما المولى فربما يقدر على الاقامة بنفسه او بمالا يقدر لمعارضة العبد اياه ولا به رقبا مثله يعارضه فيمنعه عن الاقامة خصوصا عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الاقامة وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد اقامة الحد عليه ان يأخذ بعض أمواله ويقصدها هلا كهو يهرب منه فيمتنع عن الاقامة ولو قدر على الاقامة فقد يقيم

وقد لا يقيم لما في الإقامة من نقصان قيمته بسبب عيب الزنا والسرقة أو يخاف سرابة الجلدات إلى الهلاك والمرء محبول على حب المال ولو أقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت أن المولى لا يساوى الإمام في تحصيل ما شرع له إقامة الحد فلا يزاوجه في الولاية بخلاف التعزير من وجهين أحدهما أن التعزير هو التغيير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعييس الوجه وقد يكون بضرب أسواط على حسب الجناية وحال الجاني لما ذكره في موضعه والمولى يساوى الإمام في هذا لأنه من باب التأديب فله قدرة التأديب والعبد ينقاد لمثله للمولى ولا يعارضه فالمولى أيضاً لا يمتنع عن هذا القدر من الإيلاء لأنه لا يوجب نقصاً في مالية العبد ولا نعيباً فيه بخلاف الحد والثاني أن في التعزير ضرر ورنه ليست في الحد لأن أسباب التعزير مما يكثر وجودها فيحتاج المولى إلى أن يعزرمملو كنه في كل يوم وفي كل ساعة وفي الرفع إلى الإمام في كل حين وزمان حرج عظيم على المولى فقوضت إقامة الحد إلى المولى شرعاً وأوصار المولى مأذوناً في ذلك من جهة الإمام دلالة وصار نائباً عن الإمام فيه ولا حرج في الحد لأنه لا يكثر وجوده لا نعدام كثرة أسباب وجوبه وأما الحد الثاني فيحتمل أن يكون خطاباً للقوم معلومين علم عليه الصلاة والسلام منهم من طرقت الوحى أنهم يقيمون الحدود ومن غير تقصير مثل الأمير والسلطان ويحتمل أن يكون ذلك خطاباً للأئمة في حق عبيدهم والتخصيص للترغيب في إقامة الحد لأن الأئمة والسلاطين لا يباشرون الإقامة بأنفسهم عادة بل يفوضونها إلى الحكام والمحسبين وقد يجئ منهم في ذلك تقصير ويحتمل الإقامة بطريق التسبب بالسعى لرفع ذلك إلى الإمام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم في الإقامة لا احتمال الميل والتقصير في ذلك ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور في الحد بـ التعزير لوجود معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج به ماع الاحتمال والله تعالى أعلم وللامام أن يستخلف على إقامة الحدود لأنه لا يقدر على استيفاء الجميع بنفسه لأن أسباب وجوبها توجد في أقطار دار الإسلام ولا يمكنه الذهاب إليها وفي الاحضار إلى مكان الإمام حرج عظيم فلو لم يجز الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان عليه الصلاة والسلام يجعل إلى الخلفاء تنفيذ الأحكام وإقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تنصيب وتولية أما التنصيب فهو أن ينص على إقامة الحد وفيجوز للخليفة إقامتها بلا شك وأما التولية فعلى ضربين عامة وخاصة فالعامة هي أن يولى رجلاً ولاية عامة مثل إمارة إقليم أو بلد عظيم فيملك المولى إقامة الحدود وإن لم ينص عليها لأنه لما قلده إمارة ذلك البلد فقد فوض إليه القيام بمصالح المسلمين وإقامة الحدود ومعظم مصالحهم فيملكها وخاصة هي أن يولى رجلاً ولاية خاصة مثل جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك إقامة الحدود لأن هذه التولية لم تتناول إقامة الحدود ولو استعمل أمير على الجيش الكبير فإن كان أمير مصر أو مدينة فغزا بجندة فإنه يملك إقامة الحدود في معسكره لأنه كان يملك الإقامة في بلده فاذا خرج بأهله أو ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج وأما من أخرجه أمير البلد غازياً فما كان يملك إقامة الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض إليه الإقامة فلا يملك الإقامة والامام العدل له أن يقيم الحدود وينفذ القضاء في معسكره كما له أن يفعل ذلك في المصر لأن للإمام ولاية على جميع دار الإسلام ثابتة وكذا إذا استعمل قاضياً له أن يفعل ذلك في المعسكر لأنه نائب الإمام والله تعالى أعلم وأما الذي يخص البعض دون البعض فمنها البداية من الشهود في حد الرجم إذا ثبت بالشهادة حتى لو امتنع الشهود عن البداية أو ماتوا أو غابوا كلهم أو بعضهم لا يقام الرجم على المشهود عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد والرواية عن أبي يوسف استحساناً وروى عن أبي يوسف رواية أخرى أنها ليست بشرط ويقام الرجم على المشهود عليه وهو قول الشافعي رحمه الله وهو القياس وجه القياس أن الشهود فيما وراء الشهادة وسائر الناس سواء ثم لا تشترط البداية من أحد منهم فكذلك من الشهود ولا الرجم أحد نوعي الحد فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه كذا في الرجم (ولنا) ما روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال يرمم الشهود أولاً ثم الإمام ثم الناس وكلمة ثم للترتيب وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي

الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان في اعتبار الشرط احتياط في درء الحد لان الشهود اذا بدؤوا بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد لانا انما عرفنا البداية شرطا استحسانا بالان لا ترسقط الحد عليه والاثرو رد في الرجم خاصة فيبقى أمر الجلد على أصل القياس ولان الجلد لا يحسنه كل أحد فقوض استيفاءه الى الأئمة بخلاف الرجم والله تعالى أعلم ومنها أهلية أداء الشهادة للشهود عند الإقامة في الحدود كلها حتى لو بطأت الأهلية بالفسق أو الردة أو الجنون أو العمى أو الخرس أو وحد القذف بان فسق الشهود أو ارتدوا أو جنوا أو عموا أو خرسوا أو ضربوا أحد القذف كلهم أو بعضهم لا يقام الحد على المشهود عليه لان اعتراض أسباب الجرح على الشهادة عند امضاء الحد بمنزلة اعتراضها عند القضاء به واعتراضها عند القضاء يبطل الشهادة فكذا عند الامضاء في باب الحدود عن القضاء وأما موت الشهود وغيبتهم عند الإقامة فلا يمنعان من الإقامة في سائر الحدود الا الرجم حتى لو ماتوا كلهم أو عابوا كلهم أو بعضهم يقام الحد على المشهود عليه الا الرجم لانهم ليسا من أسباب الجرح لان أهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل تنهاى وتتقرر وتحتملها العدالة على وجه لا يحتمل الجرح وفي حد الرجم انما يمنعان الإقامة لانها يجرحان في الشهادة بل لان البداية من الشهود شرط جواز الإقامة ولم توجد وروى عن محمد في الشهود اذا كانوا مقطوعين الايدي أو بهم مرض لا يستطيعون الرمي ان الامام يرمى ثم الناس وجعل قطع اليد أو المرض عذرا في فوات البداية ولم يجعل الموت عذرا فيه وان ثبت الرجم بالاقرار يبدأ به الامام ثم الناس والله تعالى أعلم ومنها أن لا يكون في إقامة الجلدات خوف الهلاك لان هذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا فلا يجوز الإقامة في الحر الشديد والبرد الشديد لما في الإقامة فيهما من خوف الهلاك ولا يقام على مريض حتى يبرأ لانه يجتمع عليه وجع المرض وألم الضرب فيخاف الهلاك ولا يقام على النفساء حتى ينقضي النفاس لان النفاس نوع مرض ويقام على الحائض لان الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع وتطهر من النفاس لان فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم في هذا كله الا على الحامل لان ترك الإقامة في هذه الاحوال للاحتراز عن الهلاك والرجم حدمه لك فلامعنى للاحتراز عن الهلاك فيه الا انه لا يقام على الحامل لان فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب في عضو واحد لانه يفضى الى تلف ذلك العضو والى تمزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل يفرق الضرب على جميع الاعضاء من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين الا الوجه والفرج والرأس لان الضرب على الفرج مهلك عادة وقد روى عن سيدنا على رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اتق وجهه ومذاكيره والضرب على الوجه يوجب المثلة وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والرأس مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل أو فوات بعض الحواس وفيه اهلاك الذات من وجه وقال أبو يوسف رحمه الله ايضا لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الرأس سوطا أو سوطين أما الصدر والبطن فلان فيه خوف الهلاك وأما الرأس فلقول سيدنا عمر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا والجواب ان الحديث ورد في قتل أهل الحرب خصوصا قوما كانوا بالشام يحلقون أو ساط رؤسهم ثم تفرق الضرب على الاعضاء مذهبنا وقال الشافعي عليه الرحمة يضرب كله على الظهر وهذا ليس بسديد لان المأمور به هو الجلد وانه مأخوذ من ضرب الجلد والضرب على عضو واحد ممزق للجلد وبعد تمزيق الجلد لا يمكن الضرب على الجلد بعد ذلك ولان في الجمع على عضو واحد خوف الهلاك وهذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما كيفية إقامة الحدود فاما حد الرجم فلا ينبغي ان يربط المرجوم بشيء ولا ان يمسك ولا ان يحفر لدا كان رجلا بل يقام قائما لان ما عزا لم يربط ولم يمسك ولا حفر له الا يرى أنه روى أنه هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة ولوربط أو مسك أو حفر له لما قدر على الهرب وان كان المرجوم امرأة فان شاء الامام حفر لها وان شاء لم يحفر أما الحفر فلانه أستر لها وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام حفر للمرأة الغامدية

الى شذونها وأخذ حصاة مثل الحصاة ورماها بها وحفر سيدنا على رضي الله عنه لسراحة الهمذانية الى سرتها وأما ترك الحفر فلان الحفر للستر وهي مستورة بثيابها لانها لا تجرد عند اقامة الحد ولا بأس لكل من رمى ان يتعمد مقتله لان الرجم حدمه ملك فما كان أسرع الى الهلاك كان أولى الا اذا كان الرامي ذارحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان يتعمد مقتله لانه قطع الرحم من غير ضرورة لان غيره يكفيه ويغنيه وقد روى أن حنظلة غسيل الملائكة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه أبي عامر وكان مشركا فنهاه عليه الصلاة والسلام عن ذلك وقال دعه يكفك غيرك وأما حد الجلد فاشد الحدود ضرر بأحد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جنابة الزنا اعظم من جنابة الشرب والقذف اما من جنابة القذف فلا شك فيه لان القذف نسبة الى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا واما من جنابة الشرب فلان قبح الزنا ثبت شرعا وعقلا وحرمة تقس الشرب ثبتت شرعا وعقلا ولهذا كان الزنا حراما في الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح عند ضرورة المحمصة والا كراه ولا يباح الزنا عند الاكراه وغلبة الشبق وكذا وجوب الجلد في الزنا ثبت بنص الكتاب العزيز المكنون ولا نص في الشرب وانما استخرج الصحابة الكرام رضي الله عنهم بالاجتهاد والاستدلال بالقذف فقالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفتري عا نون وقال سبحانه وتعالى جل شأنه في حد الزنا ولا تأخذكم بهما رافة في دين الله ان كنتم تؤمنون بالله فيل في التأويل أي بتخفيف الجلدات وانما كان ضرب القذف أخف الضر بين لوجهين أحدهما أن وجوده ثبت بسبب متردد لان القاذف يحتمل أن يكون صادقا في قذفه ولا حد عليه والثاني انه انضاف اليه رد الشهادة على التأييد فجرى فيه نوع تخفيف ويضرب قائما ولا يمد على العقابين ولا على الارض كما يفعل في زماننا لانه بدعة بل يضرب قائما ولا يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لان الممد بعد الضرب بمنزلة ضربة أخرى فيكون زيادة على الحد ولا يمد الجسد لانه مافوق رأسه لانه يخاف فيه الهلاك أو تمزيق الجلد ولا يضرب بسوط لانه لا اتصال للثمرة بمنزلة ضربة أخرى فيصير كل ضربة بضربتين فيكون زيادة على القدر المشروع وينبغي أن يكون الجلد عاقلا بصيرا بأمر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالمبرح ولا بالذي لا يوجد فيه مس ويحذر الرجل في حد الزنا ويضرب على ازار واحد لانه أشد الحدود ضرر باومعنى الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفي حد الشرب مجرد أيضا في الرواية المشهورة وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يجرد وجهه هذه الرواية أن ضرب الشرب أخف من ضرب الزنا فلا بد من اظهار آية التخفيف وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة أنه قد جرى التخفيف فيه مرة في الضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصل المقصود من الحد وهو الزجر ولا يجرد في حد القذف بلا خلاف لان وجوبه بسبب متردد محتمل فبراعى فيه التخفيف بترك التجريد كما روى في أصل الضرب بخلاف حد الشرب لان وجوبه ثبت بسبب لا ترد فيه وأما المرأة فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشو والقر وفي الحدود كلها لانها عورة وتضرب قاعدة لان ذلك أستر لها ويفرق الضرب في الاعضاء كلها الماذكر نالان الجمع في عضو واحد يقع اهلا كالعضو أو تمزقا أو تخريقا للحد وكل ذلك ليس بمشروع في فرق على الاعضاء كلها الا الوجه والمذاكير والرأس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ولا يقام شيء من ذلك في المسجد لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود في المساجد وهذا نص في الباب ولان تعظيم المسجد واجب وفي اقامة الحد وفيه ترك تعظيمه يؤيده أن نهيتا عن سبل السيوف في المساجد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبياعاتكم وأشريتكم ولسل سيوفكم تعظيما للمسجد ومعلوم ان سبل السيوف في ترك التعظيم دون الجلد والرجم فلما كره ذلك فلان يكره هذا أولى ولان اقامة الحدود في المسجد لا تجلو عن تلوينه فتجب صيانة المسجد عن ذلك وينبغي أن تقام الحدود كلها في ملائمة الناس لقوله تبارك وتعالى عز اسمه وليشهد عذابهم طائفة من المؤمنين والنص وان ورد في حد الزنا لكن النص الوارد فيه يكون واردا في سائر الحدود دلالة لان المقصود من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة وذلك

لا يحصل الا وان تكون الاقامة على رأس العامة لان الحضور ينزجرون بأقسامهم بالمعينة والغيب ينزجرون
 باخبار الحضور فيحصل الزجر للكل وكذا فيه منع الجلا من المجاوزة عن الحد الذي جعل له لانه لو جاوز لم ينع
 الناس عن المجاوزة وفيه أيضا دفع التهمة والميل فلا يتهمة الناس أن يقيم الحد عليه بلا جرم سبق منه والله تعالى الموفق
فصل وأما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة
 والشرب والسكر لانه يحتمل أن يكون صادقا في الرجوع وهو الا نكار ويحتمل ان يكون كاذبا فيه فان كان صادقا
 في الانكار يكون كاذبا في الاقرار وان كان كاذبا في الانكار يكون صادقا في الاقرار فيورث شبهة في ظهور الحد
 والحدود لا تستوفي مع الشبهات وقد روى أن ما عزا لما أقر بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا لقنه
 الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها لعلك مسستها وقال عليه الصلاة والسلام لتلك المرأة أسرت قولي
 لا ما أخالك سرقت وكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام تلقينا للرجوع فلم يكن محتملا للسقوط بالرجوع ما كان
 للتلقين معنى وهذا هو السنة للإمام اذا أقر انسان عنده بشي من أسباب الحدود والخالصة ان يلقنه الرجوع در الحد
 كما فعل عليه الصلاة والسلام في الزنا والسرقة وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد امضاء بعض
 الجلدات أو بعض الرجم وهو حي بعد ما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار قد يكون نصا وقد يكون دلالة بان أخذ الناس
 في رجمه فهرب ولم يرجع أو أخذ الجلا في الجدا فهرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتعرض له لان الهرب في هذه
 الحالة دلالة الرجوع وروى أنه لما هرب ما عزد ك ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا خلتيم سبيله دل أن
 الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح عن الاقرار بالاحصان
 حتى لو ثبت على الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان يسقط عنه الرجم ويجادلان الاحصان شرط
 صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح الرجوع عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان ويبقى الزنا فيجب الجدا وأما
 الرجوع عن الاقرار بالقذف فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجه وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل
 السقوط بالرجوع كالتقصاص وغيره ومنها نصديق المقتوف القاذف في القذف لانه لما صدقه فقد ظهر صدقه في
 القذف ومن المحال أن يحد الصادق على الصدق ولان حد القذف انما وجب لدفع عار الزنا وشينه عن المقتوف
 ولما صدقه في القذف فقد اترم العار بنفسه فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة ومنها تكذيب المقتوف
 المقر في اقراره بالقذف بأن يقول له انك لم تقذفني بالزنا لانه لما كذبه في القذف فقد كذب نفسه في الدعوى
 والدعوى شرط ظهور هذا الحد (ومنها) تكذيب المقتوف حجه على القذف وهي البينة بأن يقول بعد
 القضاء بالحد قبل الامضاء شهودي شهدا وبزور لا يحتمل أن يكون صادقا في التكذيب فثبت الشبهة ولا يجوز
 استيفاء الحد مع الشبهة (ومنها) تكذيب المزني بها المقر بالزنا قبل اقامة الحد عليه بأن قال رجل زينت بفلانة فكذبته
 وأنكرت الزنا وقالت لا أعرفك ويسقط الحد عن الرجل وهذا قولهما وقال محمد لا يسقط كذا ذكر الكرخي رحمه
 الله الاختلاف وذكر القاضي في شرحه قول أبي يوسف مع قول محمد (وجه) قوله ان زنا الرجل قد ظهر باقراره
 وامتناع الظهور في جانب المرأة لمعنى يخصها وهو انكارها فلا يمنع الظهور في جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا
 بالفاعل والحل فاذا لم يظهر في جانبها امتنع الظهور في جانبها اذا أنكرت ولم تدع على الرجل حد القذف فان ادعت
 على الرجل حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا كذبت ولم تدع النكاح
 (فأما) اذا ادعت النكاح والمهر قبل اقامة الحد عليه يسقط الحد عن الرجل بالاجماع لانه لم يجب عليها الشبهة لاحتمال
 أن تكون صادقة في دعوى النكاح فتمكنت الشبهة في وجوب الحد عليها واذا لم يجب عليها الحد تعدى الى جانب
 الرجل فسقط عنه وعليه المهر لان الوطاء لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وان كان دعوى النكاح منها بعد اقامة الحد
 على الرجل لا مهر لها عليه لان الوجوب في الفصل الاول لضرورة اقامة الحد ولم توجد وعلى هذا اذا أقرت المرأة

بالزنا مع فلان فأنكر الرجل وكذبها أو ادعى النكاح على الاتفاق والاختلاف ولو أقر الرجل بالزنا بفلانة فادعت المرأة لاستكراه يحد الرجل بالاتفاق فرق بين هذا وبين الأول (وجه) الفرق أن المرأة في الفصل الأول أكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى إلى جانب الآخر وههنا أقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة لمعنى يخصها وهو كونها مكرهة فلا يتعدى إلى جانب الرجل والدليل على التفرقة بينهما أن لو تيقنا بالزنا كراه قيام الحد على الرجل بالاجماع ولو تيقنا بالنكاح في الفصل الأول لا يقام الحد على الرجل والله تعالى أعلم (ومنها) رجوع الشهود بعد القضاء قبل الامضاء لأن رجوعهم يحتمل الصدق والكذب فيورث شبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد ذكرنا الأحكام المتعلقة ب رجوع الشهود في باب الحدود كلهم أو بعضهم قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد الامضاء بما فيه من الاتفاق والاختلاف في كتاب الرجوع عن الشهادات (ومنها) بطلان أهلية شهادتهم بعد القضاء قبل الامضاء بالفسق والردة والجنون والعمى والخرس وحد القذف لما ذكرنا فيما تقدم (ومنها) موتهم في حد الرجم خاصة في ظاهر الرواية لما ذكرنا أن البداية بالشهود شرط جواز الإقامة وقد فات بالموت على وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة (وأما) اعتراض ملك النكاح أو ملك اليمين فهل يسقط الحد بان زنا بامرأة ثم تزوجها أو بجارية ثم اشتراها عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه ثلاث روايات روى محمد رحمه الله عنه أنه لا يسقط وهو قول أبي يوسف ومحمد وروى أبو يوسف عنه أنه يسقط وروى الحسن عنه أن اعتراض الشراء يسقط واعتراض النكاح لا يسقط (وجه) رواية الحسن أن البضع لا يصير مملوكا للزوج بالنكاح بدليل أنها إذا وطئت بشبهة كان العقر لها والعقر بدل البضع والبدل إنما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفاء منافع البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة وبضع الامة يصير مملوكا للمولى بالشراء ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان العقر للمولى فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فيورث شبهة فصار كالسارق إذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الامضاء (وجه) رواية أبي يوسف أن المرأة تصير مملوكا للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة كالسارق إذا ملك المسروق (وجه) رواية محمد رحمه الله أن الوطء حصل زنا محضاً لمصادفته محلاً غير مملوك له فحصل موجب الحد والعارض وهو الملك لا يصلح مستطالاً فتصاره على حالة نبوته لأنه يثبت بالنكاح والشراء وكل واحد منهما وجد للمال فلا يستند الملك الثابت به إلى وقت وجود الوطء فبقى الوطء خالياً عن الملك فبقى زنا محضاً موجباً للحد بخلاف السارق إذا ملك المسروق لأن هناك وحد المستقط وهو بطلان ولاية الخصومة لأن الخصومة هناك شرط وقد خرج المسروق منه من أن يكون خصماً بملك المسروق لذلك افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب جارية فزناها فماتت روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن عليه الحد وقيمة الجارية وروى الحسن عنهما أن عليه القيمة ولا حد عليه وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين (وجه) رواية أبي يوسف أن الضمان لا يجب إلا بعد هلاك الجارية وهي بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يمتنع وجوب الحد (وجه) رواية الحسن أن الضمان لا يجب بعد الهلاك وإنما يجب في آخر جزء من أجزاء الحياة وهي محتملة للملك في ذلك الوقت فيستند إلى وقت وجود السبب ولأن حياة المحل تشترط لثبوت الملك فيه مقصوداً بمبادلة مقصودة والمالك ههنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد في عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك في الميت وأنه يمتنع وجوب الحد ولو غصب حرة فزناها فماتت فعليه الحد والدية لأن ملك الضمان في الحرة لا يوجب ملك المضمون لأن المحل لا يحتمل التملك فلا يمتنع وجوب الحد بخلاف الامة والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود إذا اجتمعت فالأصل في أسباب الحدود إذا اجتمعت أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل لحاجة العبد إلى الانتفاع بحقه وتعالى الله تعالى عن الحاجات ثم ينظر إن لم يمكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة وإن أمكن استيفاءها فإن كان في إقامة شيء منها استقاط البواقي يقام ذلك درأً للبواقي

لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وان لم يكن في اقامة شئ منها اسقاط البواقى يقام الكل جمعا بين
الحقنين في الاستيفاء واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف والشرب والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان
قذف انسا نالزنا وشرب الخمر وسكر من غير الخمر من الاشرية المعهودة وزنى وهو غير محصن وسرق مال انسان ثم
أتى به الى الامام بدأ الامام بحد القذف فيضربه لانه حق الله عز شانه من وجهه وماسواه حقوق العباد على الخلوص
فيقدم استيفاؤه ثم يستوفى حقوق الله تعالى لانه يمكن استيفاؤها وليس في اقامة شئ منها اسقاط البواقى فلا يسقط ثم
اذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرأ من الضرب ثم الامام بالخيار في البداية ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد
السرقة ويؤخر حد الشرب عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب العزيز وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب الكريم
انما ثبت باجماع مبني على الاجتهاد أو على خبر الواحد ولا شك أن الثابت بنص الكتاب أكد ثبوتها ولا يجمع ذلك
كله في وقت واحد بل يقام كل واحد منهما بعد ما برأ من الاول لان الجمع بين الكل في وقت واحد يفضى الى الهلاك
ولو كان من جملة هذه الحدود حد الرجم بان زنى وهو محصن يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويرجم ويدأ عنه
ماسوى ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم في الاستيفاء وفي اقامة حد الرجم اسقاط البواقى فيقام در البواقى لان
الحدود واجبة الدرء ما أمكن فيدرأ الا أنه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرء وكذا لو كان مع هذه الحدود
قصاص في النفس يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا ويدأ ماسوى ذلك وانما بدى بحد القذف
دون القصاص الذي هو خالص حق العبد لان في البداية بالقصاص اسقاط حد القذف ولا سبيل اليه لذلك يبدأ
بحد القذف ويقتل قصاصا ويبطل ماسوى ذلك لتعذر الاستيفاء بعد القتل الا أنه يضمن السرقة لما قلنا ولو كان مع
القصاص في النفس قصاص فيما دون النفس بحد القذف يقتص فيما دون النفس ويقتص في النفس ويلغى
ماسوى ذلك ولو لم يكن في الحدود حد القذف ويقتص فيما دون النفس ثم يقتص في النفس ويلغى ماسوى ذلك
ولو اجتمعت الحدود الخالصة والتل يقتص ويلغى ماسوى ذلك لان تقديم القصاص على الحدود في الاستيفاء
واجب ومتى قدم استيفاؤه تعذر استيفاء الحدود فتسقط ضرورة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود في الحدان كان رجما فاذا قتل يدفع الى أهله فيصنعون به ما يصنع بسائر الموتى
فيغسلونه ويكفونونه ويصلون عليه ويدفونونه بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لما رجم معاذا فقال عليه الصلاة
والسلام اصنعوا به ما تصنعون بغيرنا ثم وان كان جلد أفك الحدود وغيره سواء في سائر الاحكام من الشهادة
وغيرها الا الحدود في القذف خاصة في أداء الشهادة فانه تبطل شهادته على التأييد حتى لا تقبل وان تاب الا في
الديانات عندنا وعند الشافعي رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وقد ذكرنا المسئلة وفروعها في كتاب الشهادات
والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما التعزير فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب التعزير وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان
قدره وفي بيان وصفه وفي بيا ما يظهره (أما) سبب وجوبه فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع سواء
كانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد بأن آذى مسلما بغير حق بفعل
أو بقول يحتمل الصدق والكذب بأن قال له يا خبيث يا فاسق يا سارق يا فاجر يا كافر يا آكل الربا يا شارب الخمر
ونحو ذلك فان قال له يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير لان في النوع الاول انما وجب
التعزير لانه ألحق العار بالمقنوف اذا الناس بين مصدق ومكذب فعز رد فعلا للعار عنه والقاذف في النوع الثاني ألحق
العار بنفسه بقذفه غيره بما يتصور فيرجع عار الكذب اليه لا الى المقذوف

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوبه فالعقل فقط فيعز كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدر سواء كان حراً
أو عبداً ذكراً أو أنثى مسلماً أو كافراً بالغاً أو صبياً بعد أن يكون عاقلاً لان هؤلاء من أهل العقوبة الا الصبي العاقل فانه

يعز رتاديباً لا عقوبة لانه من أهل التأديب ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مر واصبياً نكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرين وذلك بطريق التأديب والتهذيب لا بطريق العقوبة لانها تستدعي الجنابة وفعل الصبي لا يوصف بكونه جنابة بخلاف المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهم ليسا من أهل العقوبة ولا من أهل التأديب

﴿فصل﴾ وأما قدر التعزير فانه ان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد كما اذا قال لغيره يا فاسق يا خبيث يا سارق ونحو ذلك فالامام فيه بالخيار ان شاء عزره بالضرب وان شاء بالحبس وان شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام وعلى هذين قول سيدنا عمر رضي الله عنه لعبادة بن الصامت يا أحمق ان ذلك كان على سبيل التعزير منه اياه لا على سبيل الشتم اذ لا يظن ذلك من مثل سيدنا عمر رضي الله عنه لا بأحد فضلاً عن الصحابي ومن مشايخنا من رتب التعزير على مراتب الناس فقال التعازير على أربعة مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقون والقواد وتعزير اشراف الاشراف وهم العلوية والفقهاء وتعزير الاوساط وهم السوقية وتعزير الاخساء وهم السفلة فتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو أن يبعث القاضي أمينه اليه فيقول له بلغني أنك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف بالاعلام والجر الى باب القاضي والخطاب بالمواجهة وتعزير الاوساط بالاعلام والجر والحبس وتعزير السفلة بالاعلام والجر والضرب والحبس لان المقصود من التعزير هو الزجر وأحوال الناس في الانزجار على هذه المراتب وان وجب بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه كما اذا قال لصبي أو مجنون يا زاني أولذمية أو أم ولد يا زانية فالتعزير فيه بالضرب و يبلغ أقصى غايته وذلك تسعة وثلاثون في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف خمسة وسبعون وفي رواية النوادر عنه تسعة وسبعون وقول محمد عليه الرحمة من شرط ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله والحاصل أنه لا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم أنه لا يبلغ التعزير الحد لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين إلا أن أبا يوسف رحمه الله صرف الحد المذكور في الحديث على الاحرار وزعم أنه الحد الكامل لا حد المالك لان ذلك بعض الحد وليس بحد كامل ومطابق الاسم ينصرف الى الكامل في كل باب ولان الاحرار هم المقصودون في الخطاب وغيرهم ملحق بهم فيه ثم قال في رواية ينقص منها سوط وهو الاقيس لان ترك التبليغ يحصل به وفي رواية قال ينقص منها خمسة وروى ذلك أئمة عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال يعز خمسة وسبعين قال أبو يوسف رحمه الله فقدته في نقصان الخمسة واعتبرت منه أدنى الحدود وروى عنه أنه قال أخذت كل نوع من بابه وأخذت التعزير في اللبس والقبلة من حد الزنا والحد في غير الزنا من حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه وأبو حنيفة صرفه الى حد المالك وهو أربعون لانه ذكر حد أمه مكرافيتناول حداً ما وأربعون حد كامل في المالك فينصرف اليه ولان في الحل على هذا الحد أخذاً بالثقة والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين فلو حملناه على ما قاله أبو حنيفة يقع الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه على ما قاله أبو يوسف لا يقع الامن عنه لان حاله انه أراد به حد المالك فيصير مبلغاً غير الحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة رحمه الله والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما حقيقته فله صفات منها انه أشد الضرب واختلف المشايخ في المراد بالحدة المذكورة قال بعضهم أربعين الشدة من حيث الجمع وهي ان يجمع ضربات فيه على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال بعضهم المراد منها الشدة في نفس الضرب وهو الايلام ثم انما كان أشد الضرب لوجهين أحدهما شرع للزجر المحض ليس فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فان معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير للذنب قال عليه الصلاة والسلام الحدود كفارات لا هلعاً فاذا تمحض التعزير للزجر فلا شك ان الاشد أزر جر فكان في تحصيل ما شرع له أبلغ والثاني انه قد نقص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد في الضرب لا يحصل المقصود منه وهو الجرح ومنها انه يحتمل العفو

والصلح والابراء لا نه حق العبد خالصا فتجربى فيه هذه الاحكام كما تجربى في سائر الحقوق للعباد من القصاص وغيره بخلاف الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها انه لا يتداخل لان حقوق العبد لا تشمل التداخل بخلاف الحدود و يؤخذ فيه الكفيل الا انه لا يحبس لتعديل الشهود اما التكفيل فلان التكفيل للتوثيق والتعزير حق العبد فكان التوثيق ملائما له بخلاف الحدود على أصل أبي حنيفة رحمه الله واما عدم الحبس فلان الحبس يصلح تعزير افي نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود انه يحبس فيها لتعديل الشهود لان الحبس لا يصلح حدا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به فنقول انه يظهر به سائر حقوق العباد من الاقرار واليمين والنكول وعلم القاضى ويقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى كما في سائر حقوق العباد وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لا يقبل فيه شهادة النساء والصحيح هو الاول لانه حق العبد على الخلوص فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كيلا يعمل في القصاص وغيره بخلاف الحدود الخاصة لله تعالى والله تعالى عز شأنه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب السرقة﴾

يحتاج لمعرفة مسائل السرقة الى معرفة ركن السرقة والى معرفة شرائط الركن والى معرفة ما يظهر به السرقة عند القاضى والى معرفة حكم السرقة

﴿فصل﴾ أما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تبارك وتعالى الا من استترق السمع سمى سبجانا وتعالى اخذ المسموع على وجه الاستخفاء استزا قاولا لهذا يسمى الاخذ على سبيل المجاهرة مغالبة أو نهبة أو خلسة أو غصبا أو انتهابا واختلاسا لا سرقة وروى عن سيدنا على رضي الله عنه انه سئل عن المختلس والمنتهب فتال تلك الدعاية لا شيء فيها وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع على نباح ولا منتهب ولا خائن ثم الاخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب (أما) المباشرة فهو أن يتولى السارق اخذ المتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ متاعا فحمله أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرج فلا قطع عليه لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لان يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع وروى عن زفر رحمه الله أنه لا يقطع (وجهه) قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمى ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس اخذا من الحرز فلا يكون سرقة (ولنا) ان المال في حكم يده ما لم تثبت عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمى اليه فلا قطع على واحد منهما (أما) الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز (وأما) الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يده بالخارج عليه ولو ناول صاحبا له مناولة من وراء الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز (وجهه) قولهما ان الداخل لما ناول صاحبه فقد أقام يد صاحبه مقام يده فكانه خرج والمال في يده (وجهه) قوله على نحو ما ذكرنا في المسئلة المتقدمة أنه لا سبيل الى ايجاب القطع على الخارج لا نعدام فعل السرقة منه وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لا نعدام ثبوت يده عليه حالة الخروج من الحرز لثبوت يد صاحبه بخلاف ما اذا رمى به الى السكة ثم خرج وأخذه لانه لم تثبت عليه يد غيره فهو في حكم يده فكانه خرج به حقيقة وان كان الخارج ادخل يده في الحرز فاخذه من يد الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول أبي حنيفة وقال

أبو يوسف أقطعهما جميعا (أما) عدم وجوب القطع على الداخل على أصل أي حنيفة رحمه الله فلم يعدم الإخراج من الحرز بحقيقته أنه لو أخرج يده وناول صاحباً لم يقطع فعند عدم الإخراج أولى والوجوب عليه على أصل أبي يوسف رحمه الله لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة (وأما) الكلام في الخارج فبني على مسئلة أخرى وهي أن السارق إذا نقب منزلاً وأدخل يده فيه وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافاً وقال أبو يوسف في الأملاء أقطع ولا يبالى دخل الحرز أو لم يدخل وعلى هذا الخلاف إذا نقب ودخل وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فرفع (وجه) قوله أن الركن في السرقة هو ألا خذ من الحرز فاما الدخول في الحرز فليس بركن ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو في الجوالق وأخرج المتاع يقطع وإن لم يوجد الدخول ولهما ما روى عن سديدنا على رضى الله عنه أنه قال إذا كان اللص ظريراً لم يقطع قيل وكيف يكون ظريراً قال يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون أجماعاً ولا نعتك آخر زعلى سبيل الكمال شرط لأن به تكامل الجنابة ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوالق لأن هتكهم بالدخول متعذر فكان الأخذ بادخال اليد فيها هتكاً كاملاً فيقطع ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ألا ترى أنه إذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت آخر فضاعت لم يضمن وكذا إذا أذن لانس أن يدخل الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع وإن لم يأذن له بدخول البيت دل أن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم يكن الإخراج إلى صحن الدار إخراجاً من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز إلى البعض بمنزلة النقل من زاوية إلى زاوية أخرى هذا إذا كانت الدار مع بيوتها رجل واحد فاما إذا كان كل منزل فيها رجل فخرج المتاع من البيت إلى الساحة يقطع لأن كل بيت حرز على حدة فكان الإخراج منه إخراجاً من الحرز وكذلك إذا كان في الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج به إلى صحن الدار قطع لأن كل مقصورة منها حرز على حدة فكان الإخراج منها إخراجاً من الحرز بمنزلة الدار المختلفة في محلة واحدة ولو نقب رجلان ودخل أحدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به إلى السكة حملاه جميعاً ينظران عرف الداخل منهما بعينه قطع لأنه هو السارق لوجود الأخذ والإخراج منه ويعزر الخارج لأنه أعانه على المعصية وهذه معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر وإن لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لأن من عليه القطع مجهول ويعزر إن أخرج فلما ذكرنا وأما الداخل فلا ركن كونه جناباً لم يستوف فيها الحد بل فتعين التعزير ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلاً حتى سرق منه متاعه يقطع لأنه إن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاء من المالك ففسد وجد من الناس لأن الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة فتعذب السرقة والله تعالى أعلم وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذون متاعاً ويحمله على ظهر واحد ويخرجونه من المنزل فالقياس أن لا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر وفي الاستحسان يقطعون جميعاً (وجه) القياس أن ركن السرقة لا يتم إلا بالإخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره فمعين له والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب (وجه) الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلا باعانة الباقي وترصدهم للدفع فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة كذا هذا أولاً لأن الحامل عامل لهم فكانهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولأن السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل يرصد البعض فلوجعل ذلك ما نعام وجوب القطع لا نسد باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الاعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا والله تعالى أعلم

فصل وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع إلى السارق وبعضها يرجع إلى المسروق وبعضها يرجع إلى المسروق منه

و بعضها يرجع الى السرور فيه وهو المكنان أما ما يرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع وهي العقل والبلوغ فلا
يقطع الصبي والمجنون لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن
المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام ان القلم مرفوع عنهما وفي الجباب القطع اجراء
القلم عليهما وهذا خلاف النص ولان القطع عقوبة فيستدعي جنائية وفعلهما لا يوصف بالجنايات ولهذا لم يجب عليهما
سائر الحدود كذا هذا ويضمنان السرقة لان الجنابة ليست بشرط لوجوب ضمان المال وان كان السارق يحن مدة
و يفيق أخرى فان سرق في حال جنونه لم يقطع وان سرق في حال الافاقة يقطع ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون
بدرأ عنهم القطع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون هو الذي تولى
إخراج المتاع درى عنهم جميعاً وان كان وليه غيرهما قطعوا جميعاً الا الصبي والمجنون (وجهه) قوله ان الاخراج من
الحرز هو الاصل في السرقة والاعانة كالتابع فاذا وليه الصبي أو المجنون فقد أتى بالاصل فاذا لم يجب القطع بالاصل
كيف يجب بالتابع فاذا وليه بالغ عاقل فقد حصل الاصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الاصل
(وجهه) قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ان السرقة واحدة وقد حصلت ممن يجب عليه القطع ومن لا يجب عليه القطع
فلا يجب القطع على أحد كالعالم مع الخاطيء اذا اشترك في القطع او في القتل وقوله الاخراج اصل في السرقة مسلم لكنه
حصل من الكل معنى لا اتحاد الكل في معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان إخراج غير الصبي والمجنون كإخراج
الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم ذورحم محرم من السرور منه انه لا قطع على أحد
عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يدرأ عن ذى الرحم المحرم ويجب على الاجنبي ولا خلاف في انه اذا كان فيهم
شريك السرور منه انه لا قطع على أحد فاما المذكورة فليست بشرط لثبوت الاهلية فتقطع الاثنى لقوله تعالى عز
شأنه والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكذلك الحريرة فيقطع العبد والامة والمدير والمكاتب وأم الولد لعموم
الآية الشريفة ويستوى الا بق وغيره لما قلنا وذكر في الموطأ ان عبد الله بن سبيد ناعمر رضى الله عنهما
سرق وهو آبق فبعث به عبد الله الى سعيد بن العاص رضى الله عنه لينقطع يده فأبى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطع
يد الآبق اذا سرق فقال عبد الله في أيما كتاب الله تعالى عز شأنه وجدت هذا أن العبد الآبق اذا سرق
لا تقطع يده فامر به عبد الله رضى الله عنه فقطعت يده ولان المذكورة والحسرة ليست من شرائط سائر الحدود
فكذا هذا الحد وكذا الاسلام ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم آية السرقة

فصل في وأما ما يرجع الى السرور فانواع (منها) ان يكون مالا مطلقا لا قصور في ماله ولا شبهة وهو ان يكون
مما يتولاه الناس ويعدونه مالا لان ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم ومالا يتولونه فهو تافه حقير وقد روى عن سيدتنا
عائشة رضى الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وهذا من بيان
شرع متقرر ولان التفاهة تخل في الحرز لان التافه لا يحزر عادة أو لا يحزر احرار الخطر والحرز المطلق شرط على ما ذكر
وكذا تخل في الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء لان أخذ التافه مما لا يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة في
الركن والشبهة في باب الحدود ملحقة بالحقيقة ونخرج على هذا مسائل اذا سرق صبي احراراً لا يقطع لان الحر ليس بمال
ولو سرق صبياً عبداً لا يتكلم ولا يعقل يقطع في قول أبي حنيفة وروى عن أبي يوسف رحمه الله لا يقطع (وجهه) ان
العبد ليس بمال محض بل هو مال من وجه آدمي من وجه فكان محل السرقة من وجهه دون وجهه فلا ثابت المحلية بالشك
فلا يقطع كالصبي العاقل (ولنا) انه مال من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا بد له على نفسه فيتحقق ركن
السرقة كالبهيمة وكونه آدمياً لا ينفي كونه مالا فهو آدمي من كل وجه ومال من كل وجه لعدم التنافي فيتعلق القطع بسرقة
من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه في يد نفسه فلا يتصور
ثبوت يد غيره عليه للتنافي فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة أو جلد ميتة لم يقطع لانعدام المال

ولا يقطع في التبن والحشيش والقصب والخطب لان الناس لا يتمولون هذه الاشياء ولا يظنون بها لعدم عزتها وقلة
 خطرهما عندهم بل يعدون الغنة بهامن باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع في التراب والطين والجص واللبن والنورة
 والا آجر والفخار والزجاج لتفاهتها فرق بين التراب وبين الخشب حيث سوى في التراب بين المعمول منه وغير
 المعمول وفرق في الخشب لان الصنعة في الخشب أخرجته عن حد التفاهة والصنعة في التراب لم تخرجه عن كونه تافهاً
 يعرف ذلك بالرجوع الى عرف الناس وعاداتهم ومن أختابنا من فصل في الجواب في الزجاج بين المعمول وغير المعمول
 كما في الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو الصحيح لان الزجاج بالعمل لم يخرج عن حد التفاهة لانه يتسارع اليه
 الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع في الخشب الا اذا كان معمولاً بان صنع منه أبواباً أو آنية ونحو ذلك ما خلا الساج
 والقنا والبنوس والصندل لان غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافهاً وبالصنعة يخرج عن التفاهة
 فيتمول وأما الساج والبنوس والصندل فأموال لها عزة وخطر عند الناس فكانت أموالاً مطلقة (وأما) العاج فقد
 ذكر محمد أنه لا يقطع الا في المعمول منه وقيل هذا الجواب في العاج الذي هو من عظم الجمل فلا يقطع الا في المعمول
 منه لانه لا يتمول لتفاهته ويقطع في المعمول لخروجه عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول فاما ما هو من عظم
 القيل فلا يقطع فيه أصلاً سواء كان معمولاً أو غير معمول لان الفقهاء اختلفوا في ماليتها حتى حرم بعضهم بيعه
 والانتفاع به فوجب ذلك قصوراً في المالية ولا قطع في قصب النشاب فان كان اتخذ منه نشاباً قطع لما قلنا في
 الخشب ولا قطع في القرون معمولة كانت أو غير معمولة وقال أبو يوسف ان كانت معمولة وهي تساوي عشرة
 دراهم قطع قيل ان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع المسئلة على قول أبي حنيفة رحمه الله في قرون
 الميتة لأنها ليست بمال مطلق لاختلاف الفقهاء في ماليتها وجواب أبي يوسف رحمه الله في قرون المذكي فلم
 يوجب القطع في غير المعمول منها لانها من أجزاء الحيوان وأوجب في المعمول كما في الخشب المعمول وعن محمد في
 جلود السباع المدبوعة أنه لا قطع فيها فان جعلت مضلاة أو بساطاً قطع لان غير المعمول منها من أجزاء الصيد
 ولا قطع في الصيد فكذا في أجزائه وبالصنعة ضارت شيئاً آخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على
 أن محمد لم يعتد بخلاف من يقول من الفقهاء ان جلود السباع لا تظهر بالذكاة ولا بالدباغ ولا قطع في البوارى
 لانها تافهة لتفاهة أصلها وهو القصب ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد ولا في سرقة الملاحى من الطبل والدف
 والمزمار ونحوها لان هذه الاشياء مما لا يتمول أو في ماليتها قصوراً لا ترى أنه لا ضمان على كاسر الملاحى عند أبي
 يوسف ومحمد ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض الفقهاء ولو سرق مصحفاً أو صحيفة فيها حديث أو عربية
 أو شعر فلا قطع وقال أبو يوسف يقطع اذا كان يساوي عشرة دراهم لان الناس يدخرونها ويعدون بها من نفائس
 الأموال (ولنا) أن المصحف الكريم يدخر لا يتمول بل للقراءة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين
 والدينا والعمل به وكذلك صحيفة الحديث وصحيفة العربية والشعر يقصدها معرفة الامثال والحكم لا القول (وأما)
 دفاتر الحساب ففيها القطع اذا بلغت قيمتها نصاً بالان ما فيها لا يصلح مقصوداً بالاختلاف كان المقصود هو قدر البياض
 من الكاغد وكذلك الدفاتر البياض اذا بلغت نصاً بالان ما فيها لا يصلح مقصوداً بالاختلاف كان المقصود هو قدر البياض
 ما يوجد جنسه تافهاً مباحاً في دار الاسلام فلا قطع فيه لان كل ما كان كذلك فلا عزله ولا خطر فلا يتموله الناس فكان
 تافهاً والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة لما تذكر ان شاء الله تعالى وعن أبي حنيفة أنه لا قطع في عقص ولا
 اهليلج ولا اشنان ولا فحم لان هذه الاشياء مباحة الجنس في دار الاسلام وهي تافهة وروى عن أبي يوسف أنه لا
 يقطع في العقص والاهليلج والادوية اليابسة ولا قطع في طير ولا صيد وحشياً كان أو غيره لان الطير لا يتمول عادة
 وقدرى عن سيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهما قال لا قطع في الطير ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك
 فيكون اجماعاً وكذلك ما علم من الجوارح فصاير صيودا فلا قطع على سراقه لانه وان علم فلا يعد مالاً وعلى هذا يخرج

النباش أنه لا يقطع فيما أخذ من القبور في قولهما وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله أنه أخذ مالا من حر زمثله فيقطع كما لو أخذ من البيت ولهما أن الكفن ليس بمال لأنه لا يتمول بحال لأن الطباع السليمة تنفر عنه أشد النفار فكان تأفها ولئن كان مالا ففي ماليته قصور لأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحى والقصور فوق الشبهة ثم الشبهة تنفى وجوب الحد فالقصور أولى روى الزهرى أنه قال أخذ نباش في زمن مروان بالمدينة فاجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون أنه لا يقطع وعلى هذا يخرج سرقه مالا يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة إلى سنة بل يتسارع إليه الفساد أنه لا يقطع فيه لأن مالا يحتمل الادخار لا يعد مالا فلا يقطع في سرقة الطعام الرطب والبقول والقواكه الرطبة في قولهما وعند أبي يوسف يقطع (وجه) قوله أنه مال منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالا فيقطع كما في سائر الأموال ولهما أن هذه الأشياء مما لا يتمول عادة وإن كانت صالحة للانتفاع بها في الحال لأنها لا تحتمل الادخار والمسالك إلى زمان حدوث الحوائج في المستقبل فقل خطرهما عند الناس فكانت تأفها ولو سرق تمر آمن نخل أو شجر آخر معلقاً فيه فلا يقطع عليه وإن كان عليه حائط استوثقوا منه وأحرزوه أو هناك حائط لأن ما على رأس النخل لا يعد مالا ولأنه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع إليه الفساد وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع في ثمر ولا كثر قال محمد الثمر ما كان في الشجر والكثير الجار فإن كان قد جذ الثمر وجعله في جرين ثم سرق فإن كان قد استحكم جفافه قطع لأنه صار مالا مطلقاً قابلاً للادخار وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لا يقطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا آواه فبلغ عن الحسن فقيهه القطع لأنه لا يؤويه الجرين ما لم يستحكم جفافه عادة فإذا استحكم جفافه لا يتسارع إليه الفساد فكان مالا مطلقاً وكذلك الحنطة إذا كانت في سنبليها فهي بمنزلة الثمر المعلق في الشجر لأن الحنطة مادامت في السنبيل لا تعد مالا ولا يستحكم جفافها أيضاً (وأما) الفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة إلى سنة فالصحيح من الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقطع فيما يتمول الناس أيها القبولها الادخار فأنعدم معنى التفاهة المانعة من وجوب القطع وروى عنه أنه سوي بين رطب الفاكهة ويابسها وليست بصحيحة ولو سرق من الحائط نخلة باصلها لا يقطع لأن أصل النخلة مما لا يتمول فكان تأفها وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع في ثمر ولا كثر وقيل في تفسير الكثر أنه النخل الصغار و يقطع في الحناء والوسمة لأنه لا يتسارع إليه الفساد فلم يختل معنى المالية ولا يقطع في اللحم الطرى والصفيق لأنه يتسارع إليه الفساد وكذلك لا يقطع في السمك طرياً كان أو مالحاً لأن الناس لا يعدونه مالا لتفاهته ولتسارعه الفساد إلى الطرى منه ولما أنه يوجد جنسه مباحاً في دار الإسلام ولا يقطع في اللبن لأنه يتسارع إليه الفساد فكان تأفها و يقطع في الخل والدبس لعدم التفاهة ألا ترى أنه لا يتسارع إليهما الفساد ولا يقطع في عصير العنب وتقيع الزبيب ونبذ التمر لأنه يتسارع إليه الفساد فكان تأفها كاللبن ولا يقطع في الطلاء وهو المثلث لأنه مختلف في إباحته وفي كونه مالا فكان قاصراً في معنى المالية وكذلك المطبوخ أدنى طبخة من تقيع الزبيب ونبذ التمر لا اختلاف الفقهاء في إباحة شربه وأما المطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب فلا شك أنه لا يقطع فيه لأنه حرام فلم يكن مالا و يقطع في الذهب والفضة لأنهما من أغز الأموال ولا تفاهة فيهما بوجه وكذلك الجواهر والألآلى لما قلنا وبهذا تبين أن التعويل في هذا الباب في منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على إباحة الجنس لأن ذلك موجود في الذهب والفضة والجواهر والألآلى وغيرها و يقطع في الحبوب كلها وفي الأدهان والطيب كالعود والمسك وما أشبه ذلك لأن عدم معنى التفاهة و يقطع في الكتان والصوف والخز ونحو ذلك و يقطع في جميع الأواني من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو سرق النحاس نفسه أو الحديد نفسه أو الرصاص لعزّة هذه الأشياء وخطرها في أنفسها كالذهب والفضة ومنها أن يكون متقوماً مطلقاً فلا يقطع في سرقة الخمر من مسلم مسلماً كان السارق أو ذمياً لأنه لا قيمة للخمر في حق المسلم وكذا الذي إذا سرق من ذمى خمر أو خنزيراً لا يقطع

لانه وان كان متقوما عندهم فليس يمتقوم عندنا فلم يكن متقوما على الاطلاق ولا يقطع في المباح الذي ليس بمملوك وان كان مالا لا نعدم تقومه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون مملوكا في نفسه فلا يقطع في سائر المباحات التي لا يملكها أحد وان كانت من نقائص الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادنها لعدم المالك وعلى هذا أيضا يخرج النباش على أصل أبي حنيفة ومحمد أنه لا يقطع لان الكفن ليس بمملوك لانه لا يخلو اما أن يكون على ملك الميت واما أن يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس من أهل الملك ولا وجه للثاني لان ملك الوارث مؤخر عن حاجة الميت الى الكفن كما هو مؤخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكا أصلا ومنها أن لا يكون للسارق فيه ملك ولا تأويل الملك أو شبهته لان المملوك أو ما فيه تأويل الملك أو الشبهة لا يحتاج فيه الى مسارقة العين فلا يتحقق ركن السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاستسار على الاطلاق ولان القطع عقوبة السرقة قال الله في آية السرقة جزاء بما كسبنا نكالاً من الله فيستدعي كون الفعل جنسية محضة وأخذ المملوك للسارق لا يقع جنسية أصلا فلا خذ بتأويل الملك أو الشبهة لا يتمحض جنسية فلا يوجب القطع اذا عرف هذا فتقول لا قطع على من سرق ما أعاره من انسان أو أجره منه لان ملك الرقبة قائم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتهن لان ملك العين له وانما الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير ولو كان الرهن في يد العدل فسرقة المرتهن أو الراهن فلا قطع على واحد منهما أما الراهن فلما ذكرنا أنه ملكه فلا يجب القطع بأخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب الحد عليه بوطئه الجارية المراهونة وان منع من الوطء (وأما) المرتهن فلان يد العدل يده من وجهه لان منفعة يده عائدة اليه لانه يحسكه لحقه فاشبهه يد المودع ولا على من سرق مالا مشتركا بينه وبين المودع منه لان السرقة مملوكة للمدعي على الشيوع فكان بعض المأخوذ ملكه فلا يجب القطع بأخذه فلا يجب بأخذ الباقي لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال الخمس لان له فيه ملكا وحقا ولو سرق من عبده المأذون فان لم يكن عليه دين فلا قطع لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما في يده لا يقطع أيضا (أما) على أصلهما فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله ان لم يكن ملكه فله فيه ضرب اختصاص يشبه الملك ألا ترى أنه يملك استخلاصه لنفسه بقضاء دينه من مال آخر فكان في معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية لم يجز له أن يتزوجها فيورث شبهة أو نقول اذا لم يملكه المولى ولا المأذون يملكه أيضا لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء والفرع لا يملكه أيضا فهذا مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بسرقة كمال بيت المال وكمال الغنيمة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسبه مكاتبه ملكه من وجهه أو فيه شبهة الملك له ألا ترى أنه لو كان جارية لا يحل له أن يتزوجها والمالك من وجهه أو شبهة الملك يمنع وجوب القطع مع ما أن هذا ملك موقوف على المكاتب وعلى مولاه في الحقيقة لانه ان ادعى تبين انه كان ملك المولى فتبين انه أخذ مال نفسه وان عجز فرد في الرق تبين انه كان ملك المكاتب فكان الملك موقوفا للحال فيوجب شبهة فلا يجب القطع كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا قطع على من سرق من ولده لان له في مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لبيك فظاهر الاضافة اليه بلام التملك يقتضي ثبوت الملك له من كل وجه الا انه لم يثبت لدليل ولا دليل في الملك من وجهه فيثبت أو يثبت لشبهة الملك وكل ذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة في وجوبه (وأما) السرقة من سائر ذى الرحم المحرم فلا توجب القطع أيضا لكن لفقد شرط آخر ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولودخل لص دار رجل فأخذ ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقا يقطع في قوتها وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع ولو أخذ شاة فذبحها ثم أخرجهام مذبوحة لا يقطع بالاجماع (وجه) قوله أن السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان ذلك سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب على أصل أصحابنا وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع اذا كان المسروق شاة فذبحها ثم أخرجهام كذا هذا ولهما أن السرقة تمت في ملك

المسروق منه فيوجب القطع وانما قلنا ذلك لان الثوب المشقوق لا يزول عن ملكه مادام مختار اللعين وانما يزول عند اختيار الضمان فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه فصار سارقاً ثوب بين قيمتهما عشرة دراهم فيقطع وهكذا نقول في الشاة ان السرقة تمت في ملك المسروق منه الا انها تمت في اللحم ولا قطع في اللحم وقوله وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل الاختيار ممنوع فاذا اختار تضمين السارق وسلم الثوب اليه لا يقطع لانه عند اختيار الضمان ما ملكه من حين وجود الشق فتبين انه اخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه قال موضوع المسئلة انه شق الثوب عرضاً فاما لو شقه طولاً فلا قطع لانه بالشق طولاً خرقة خرقة متفاحشاً فيملكه بالضمان وذکر ابن سماعه ان السارق اذا خرق الثوب تخريقاً مستهلكاً وقيمته بعد تخريقه عشرة اضعاف لاقطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا يؤيد قول الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لان التخريق اذا وقع استهلاكاً اوجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون واذا لم يقع استهلاكاً كان وجوب الضمان فيه موقوفاً على اختيار المالك فلا يجب قبل الاختيار فلا يملك المضمون والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا سرق عشرة دراهم من غريمه عليه عشرة اضعاف لانه لا يقطع لانه ملك المأخوذ بنفس الاخذ فصار قصاصاً بحقه فلم يبق في حق هذا المال سارقاً فلا يقطع ولو كان المسروق من خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يملكه بنفس الاخذ بل بالاستبدال والبيع فكان سارقاً ملك غيره فيقطع كالا جنبي الا اذا قال اخذته لاجل حق على ما ذكر وههنا جنس من المسائل يمكن تخريجها الى اصل آخر هو اولى بالتخريج عليه وسند كره ان شاء الله تعالى بعد منها ان يكون معصوماً ليس للسارق فيه حق الاخذ ولا تأويل الاخذ ولا شبهة التناول لان القطع عقوبة محضة فيستدعي جنائية محضة واخذ غير المعصوم لا يكون جنائية أصلاً وما فيه تأويل التناول أو شبهة التناول لا يكون جنائية محضة فلا تناسبه العقوبة المحضة ولان ما ليس بمعصوم يؤخذ بجاهرة لا مخافتة فيتمكن الخلل في ركن السرقة واذا عرف هذا فنقول لا قطع في سائر المباحات التي لا يملكها أحد ولا في المباح المملوك وهو مال الحربى في دار الحرب (وأما) مالى الحربى المستأمن في دار الاسلام فلا قطع فيه استحساناً والقياس ان يقطع (وجه) القياس انه سرق مالا معصوماً لان الحربى استنفاد العصمة بالايمان بمنزلة الذمى ولهذا كان مضموناً بالا تلاف كمال الذمى (وجه) الاستحسان ان هذا مال فيه شبهة الاباحة لان الحربى المستأمن من اهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام ليقضى بعض حوائجه ثم يعود عن قريب فكونه من اهل دار الحرب يورث شبهة الاباحة في ماله ولهذا اورث شبهة الاباحة في دمه حتى لا يقتل به المؤمن قصاصاً ولا انه كان مباحاً وانما تثبت العصمة بعارض امان هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر ان العصمة لم تكن على الاصل المعهود ان كل عارض على اصل اذا زال يلحق بالعدم من الاصل كانه لم يكن فيجعل كان العصمة لم تكن ناجية بخلاف الذمى لانه من اهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بايمان مؤبد فكان معصوماً بالدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الاباحة وبخلاف ضمان المال لان الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المال لانه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا لا قطع على الحربى المستأمن في سرقة مال المسلم والذمى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اخذه على اعتقاد الاباحة ولذا لم يلتزم احكام الاسلام وعند أبي يوسف يقطع والخلاف فيه كالتخلاف في حد الزنا ولا يقطع العادل في سرقة مال الباغى لان ماله ليس بمعصوم في حقه كنه نفسه ولا الباغى في سرقة مال العادل لانه اخذه عن تأويل وتأويله وان كان فاسد الكن التأويل القاسد عند انضمام المنعة اليه ملحق بالتأويل الصحيح في منع وجوب القطع ولهذا الحق به في حق منع وجوب القصاص والحد والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج السرقة من الغريم وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو المالن كان سرق منه من جنس حقه واما ان كان سرق منه خلاف جنس حقه فان سرق جنس حقه بان سرق منه عشرة دراهم وله عليه عشرة فان كان دينه عليه حالاً لا يقطع لان الاخذ مباح له لانه ظفر بجنس حقه ومن له الحق اذا ظفر بجنس حقه يباح له اخذه واذا اخذه يصير مستوفياً حقه وكذلك اذا سرق منه أكثر من مقدار حقه لان

بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فكذا في الباقي كما اذا سرق مالا مشتركا وان كان دينه مؤجلا فالقياس أن يقطع وفي الاستحسان لا يقطع (وجه) القياس ان الدين اذا كان مؤجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول الاجل ألا ترى ان الغريم ان يسترده منه فصار كما لو سرقه أجنبي (وجه) الاستحسان ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حل الاجل فله سبب ثبوت حق الاخذ قائم وهو الدين لان تأثير التأجيل في تأخير المطالبة لا في سقوط الدين فقيام سبب ثبوته يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه دراهم فسرق منه دنانير او عر وضاق قطع هكذا أطلق الكرخي رحمه الله وذكر في كتاب السرقة انه اذا سرق العروض ثم قال أخذت لاجل حق لا يقطع فيحتمل مطلق قول الكرخي على المطلق وهو ما اذا سرق ولم يقل أخذت لاجل حق لانه اذا لم يقل فقد أخذ مالا ليس له حق أخذه ألا ترى أنه لا يصير قصاصا الا بالاستبدال والتراضي ولم يتأول الاخذ أيضا فكان أخذه بغير حق ولا شبهة حق وهذا يدل على أنه لا يعيد بخلاف قول من يقول من الفقهاء ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس حقه أن يأخذه لانه قول لم يقل به أحد من السلف فلا يعتبر خلافا مؤذنا للشبهة واذا قال أخذت لاجل حق فقد أخذه متأولا لانه اعتبر المعنى وهي المالية لا الصورة والاموال كلها في معنى المالية متجانسة فكان أخذا عن تأويل فلا يقطع ولو أخذ صنفا من الدراهم أجود من حقه أو أورد لم يقطع لان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالفه من حيث الوصف ألا يرى أنه لو رضى به يصير مستوفيا حقه ولا يكون مستبدا حتى يجوز في الصرف والسلم مع أن الاستبدال ببديل الصرف والسلم لا يجوز واذا كان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل تثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة في باب الحد كما في الدين المؤجل ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم أو حليا من ذهب وعليه دنانير يقطع لان هذا لا يصير قصاصا من حقه الا بالمراضاة ويكون ذلك بيعا واستبدالاً فأشبهه العروض وان كان السارق قد استهلك العروض أو الحلي ووجبت عليه قيمته وهو مثل الذي عليه من العين فان هذا يقطع أيضا لان المقاصد انما تقع بعد الاستهلاك فلا يوجب سوى القطع ولو سرق مكاتب أو عبد من غريم مولاه يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غير أمره فصار كالاجنبي حتى لو كان المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب الدين ولو سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده المأذون فان لم يكن على العبد دين لم يقطع لان ذلك ملك مولاه فكان له حق أخذه وان كان عليه دين قطع لانه ليس له حق القبض فصار كالاجنبي ولو سرق من غريم ابنيه أو ولده يقطع لانه لا حق له فيه ولا في قبضه الا اذا كان غريم ولده الصغير فلا يقطع لان حق القبض له كفاي دين نفسه والله تعالى أعلم وعلى هذا أيضا يخرج سرقة المصحف على أصل أبي حنيفة انه لا قطع فيه لان له تأويل الاخذ ان الناس لا يضمنون ببذل المصاحف الشريفة لقراءة القرآن العظيم عادة فاخذه الاخذ متأولا وكذلك سرقة البربط والطبل والمزمار وجميع آلات الملاهي لان أخذها يتأول انه يأخذها منع المالك عن المعصية ونهيه عن المنكر وذلك مأمور به شرعا وكذلك سرقة شطرنج ذهب أو فضة لما قلنا وكذلك سرقة صليب أو صنم من فضة من حرز لانه يتأول انه أخذه للكسر (وأما) الدراهم التي عليها التماثيل فيقطع فيها لانها لا تعبد عادة فلا تأويل له في الاخذ للمنع من العبادة فيقطع وعلى هذا يخرج ما اذا قطع سارق في مال ثم سرق منه سارق آخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم في حق المسروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقومه في حقه بالقطع ولان كون يد المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع ويد السارق ليست يدا صحيحة لما نذكره ان شاء الله تعالى ولو سرق مالا فقطع فيه فرده الى المالك ثم عاد فسرقه منه ثانيا فجملة الكلام فيه ان المردود لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أخذت المالك فيه ما يوجب تغييره فان كان على حاله لم يقطع استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية الحسن عن أبي يوسف وبه أخذ الشافعي رحمه الله (أما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فبني على ان العصمة الثابتة للمسروق حق للعبد قد سقطت عند السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على أصلنا وعلى أصله لم تسقط بل بقيت على ما كانت وستذكر

نقر بهذا الاصل في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الكلام مع أبي يوسف (وجه) ماوى أن المحل وان سقطت قيمته الثابتة حتمًا للمالكية في السرقة الاولى فقد عادت بالرد الى المالك ألا ترى انها عادت في حق الضمان حتى لو أتلفه السارق يضمن فكذا في حق القطع (ولنا) أن العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم لان السقوط لضرورة وجوب القطع وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة ولا نه سقطت تقوم المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة الاولى ألا ترى أنه لو أتلفه لا يضمن وأثر القطع بعد الرد قائم فيورث شبهة عدم التقوم في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان لا يستقط بالشبهة لما بينا هذا اذا كان المردود على حاله لم يتغير (فاما) اذا حدث المالك فيه حدثا يوجب تغييره عن حاله ثم سرقة السارق الاول فلا صل فيه أنه لو فعل فيه ما لو فعله الغاصب في المغصوب لا وجب انقطاع حق المالك يقطع والا فلا لانه اذا فعل ذلك فقد تبدلت العين وتصير في حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم تبدل وعلى هذا يخرج ما اذا سرق غزلا فقطع فيه ورد الى المالك فنسجه ثوبا فعاد فسرقه أنه يقطع لان المسروق قد تبدل ألا ترى أنه لو كان مغصوبا لا يقطع حق المالك ولو سرق ثوب خز فقطع فيه ورد الى المالك فنقصه فسرق النقص لم يقطع لان العين لم تبدل ألا ترى أنه لو فعله الغاصب لا يقطع حق المالك ولو نقصه المالك ثم غزله غزلا ثم سرقة السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا يقطع حق المغصوب منه فيدل على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها ورد لها على المالك فولدت ولدا ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها فيقطع بسرقتها وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا بالحرز والاصل في اعتبار شرط الحرز ما روى في الموطأ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن وري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤيه الجرين فاذا أواه الجرين ففيه القطع علق عليه الصلاة والسلام القطع بايواء المراح والمراح حرز الابل والبقر والغنم والجربين حرز الثمر فدل أن الحرز شرط ولا ركن السرقة هو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاخذ من غير حرز لا يحتاج الى الاستخفاء فلا يتحقق ركن السرقة لان القطع وجب لصيانة الاموال على أربابها قطعاً لا طماع السراق عن أموال الناس والاطماع انما تميل الى ماله خطر في القلوب وغير الحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا تميل الا طماع اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع وبهذا لم يقطع قيادون النصاب وما ليس بمال متقوم محتمل الادخار ثم الحرز نوعان حرز بنفسه وحرز بغيره (أما) الحرز بنفسه فهو كل بقعة معدة للاحرار ممنوعة الدخول فيها الا بالاذن كالذور والحوانيت والخيم والفساطيط والخزائن والصناديق (وأما) الحرز بغيره فكل مكان غير معد للاحرار يدخل اليه بلا اذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء ان لم يكن هناك حافظ وان كان هناك حافظ فهو حرز لهذا سمي حرزا بغيره حيث وقف صيرورته حرزا على وجود غيره وهو الحافظ وما كان حرزا بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزا ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم سواء وكل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه لانه عليه الصلاة والسلام علق القطع بايواء المراح والجربين من غير شرط وجود الحافظ وروى ان صفوان رضى الله عنه كان نائما في المسجد متوسدا برداءه فسرقه سارق من تحت رأسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز بنفسه فدل ان كل واحد من نوعي الحرز معتبر بنفسه فاذا سرق من النوع الاول يقطع سواء كان ثمة حافظ أولى لوجود الاخذ من الحرز وسواء كان مغلق الباب أولا باب له بعد أن كان محجوزا بالبناء لان البناء يقصده بالاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان الحافظ قريبا منه في مكان يمكنه حفظه ويحفظ في مثله المسروق عادة وسواء كان الحافظ مستيقظا في ذلك المكان أو نائما لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين جميعا ولا يمكن الاخذ الا بفعله ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قطع سارق صفوان وصفوان كان نائما ولو أذن لانسان بالدخول في داره فسرق المأذون له بالدخول شيئا منها لم يقطع

وان كان فيها حافظ أو كان صاحب المنزل نائماً عليه لان الدار حرز بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من أن تكون حرزاً بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ ولا نهماً لاذن له بالدخول فقد صار في حكم أهل الدار فإذا أخذ شيئاً فهو خائن وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قطع على خائن وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون في دخولها وهو مقفل أو من صندوق في الدار أو من صندوق في بعض البيوت وهو مقفل عليه إذا كان البيت من جملة الدار المأذون في دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن له من أن تكون حرزاً في حقه فكذلك بيوتها وما روى ان أسود بات عند سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حلياً لهم فيحتمل أن يكون مسروقاً من دار النساء لا من دار الرجال والداران المختلفان إذا أذن بالدخول في أحدهما لا تصير الأخرى مأذوناً بالدخول فيها والمحتمل لا يكون حجة وروى عن أبي يوسف أنه قال في رجل كان في حمام أو خان وثيابه تحت رأسه فسرقها سارق انه لا قطع عليه سواء كان نائماً أو يقظاً نائماً أو كان في صحراء أو ثوبه تحت رأسه قطع وكذلك روى عن محمد في رجل سرق من رجل وهو معه في الحمام أو سرق من رجل وهو معه في سفينة أو نزل قوم في خان فسرق بعضهم من بعض انه لا قطع على السارق وكذلك الخانوت لان الحمام والخان والخانوت كل واحد حرز بنفسه فإذا أذن للناس في دخوله خرج من أن يكون حرزاً فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزاً بالحافظ ولهذا قالوا اذا سرق من الحمام ليلاً يقطع لان الناس لم يؤذوا بالدخول فيه ليلاً فأما الصحراء أو المسجد وان كان مأذون الدخول اليه فليس حرزاً بنفسه بل بالحافظ ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا في السارق من المسجد اذا كان نعمة حافظ يقطع وان لم يخرج من المسجد لان المسجد ليس بحرز بنفسه بل بالحافظ فكانت البقعة التي فيها الحافظ هي الحرز لا كل المسجد فإذا انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع (فأما) الدار فانهما صارت حرزاً بالبناء فلم يخرج منهن ما يوجد الا انفصال من الحرز وروى عن محمد في رجل سرق في السوق من خانوت فتخرب الخانوت وقعد للبيع وأذن للناس بالدخول فيه انه لم يقطع وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شيء لم يقطع لانه لما أذن للناس بالدخول فيه فقد أخرج الخانوت من أن يكون حرزاً في حقهم وكذلك ان أخذ من بيت قبة أو صندوق فيه مقفل لان الخانوت كله حرز واحد كالدار على ما مر وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه قال في رجل بأرض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عنده بحفظه فسرق منه رجل شيئاً أو سرق الجوالق فاني اقطعه لان الجوالق بما فيها حرز بالحافظ فيستوى أخذ جميعه وأخذ بعضه وكذلك اذا سرق فسطاطاً ملقوا قد وضعه ونام عنده بحفظه انه يقطع وان كان مضر وبالم يقطع لانه اذا كان ملقوا كان محرزاً بالحافظ كالباب المقلوع اذا كان في الدار فسرقه سارق واذا كان الفسطاط مضر وبأ كان حرزاً بنفسه فاذا سرقه فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فلا يقطع كسارق باب الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق وأخرج المتاع يقطع لان الجوالق حرز لما فيه وان أخذ الجوالق كما هو لم يقطع لانه أخذ نفس الحرز وكذلك اذا سرق الجمل مع الجوالق لان الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ بل للحمل لان الجمل ليس بحرز وان ركبته صاحبه فلم يكن الجمل حرزاً للجوالق فاذا أخذ الجوالق فقد أخذ نفس الحرز ولو سرق من المراعي بعيراً أو بقرة أو شاة لم يقطع سواء كان الراعي معها أو لم يكن وان سرق من العطن أو المراح الذي يأوى اليه يقطع اذا كان معها حافظ أو ليس معها حافظ غير ان الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة قاده أو قوداً حتى أخرجها أو ساقها سوقاً حتى أخرجها أو ركبها حتى أخرجها لان المراعي ليست بحرز للمواشي وان كان الراعي معها لان الحفظ لا يكون مقصوداً من الراعي وان كان قد يحصل به لان المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ بل للراعي فلم يوجد الاخذ من حرز بخلاف العطن أو المراح فان ذلك يقصده الحفظ ووضع له فكان حرزاً أو قال عليه الصلاة والسلام في حريسة الجبل غرامة مثليها وجدات نكالا فإذا أواها المراح وبلغت قيمتها ثمن الجن فقيمها التقطع والله تعالى أعلم ولا يقطع عبد في سرقة من مولا دم كاتباً كان العبد أو مدبراً أو تاجر أعليه دين أو أم ولد سرقته من مال مولاها لان هؤلاء مأذونون بالدخول في بيوت ساداتهم للخدمة فلم

يكن بيت مولاهم حرزاً في حتمهم وذكر في الموطأ أن عبد الله بن سيدنا عمر والحضرى جا آلى عمر رضى الله عنه بعبدله فقال اقطع هذا فانه سرق فقال وما سرق قال مرة لا مرأتى نمنهاستون درهم فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أرسله ليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعاً ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا على ضيف سرق متاع من أضافه ولا على أجير سرق من موضع أذن له في دخوله لان الأذن بالدخول أخرج الموضع من أن يكون حرزاً في حتمه وكذا الاجير اذا أخذ المتاع المأذون له في أخذ من موضع لم يأذن له بالدخول فيه لم يقطع لان الأذن بأخذ المتاع يورث شبهة الدخول في الحرز ولا لان الأذن بالأخذ فوق الأذن بالدخول وذات يمنع التمتع فهذا أولى ولو سرق المستأجر من المؤاجر وكل واحد منهما في منزل على حدة يقطع بلا خلاف لانه لا شبهة في الحرز وأما المؤاجر اذا سرق من المستأجر فكذلك يقطع في قول أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا يقطع (وجه) قوطهما أن الحرز ملك السارق فيورث شبهة في درء الحد لانه يورث شبهة في اباحة الدخول فيختل الحرز فلا قطع (وجه) قول أبى حنيفة أن معنى الحرز لا يتعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان معد للحرز لا يمنع من الدخول فيه الا بالأذن وقد وجد لان المؤاجر ممنوع عن الدخول في المنزل المستأجر من غير اذن فاشبهه الاجنبى ولا قطع على من سرق من ذى رحم محرم عندنا سواء كان بينهما ولا داولاً وقال الشافعى في الوالدين والمولودين كذلك فاما في غيرهم فينقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وقد ذكرنا المسئلة في كتاب العتاق والصحيح قولنا لان كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة الأذن من صاحبه فاختل معنى الحرز ولا لان التمتع بسبب السرقة فعل ينفض الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضى الى الحرام حرام ولو سرق جماعة فيهم ذور رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يقطع ذوو الرحم المحرم ويتقطع سواه والكلام على نحو الكلام فيما تقدم فيما اذا كان فيهم صبي أو مجنون وقد ذكرناه فيما تقدم ولو سرق من ذى رحم غير محرم يقطع بالاجماع لان المباشطة بالدخول من غير استئذان غير ثابتة في هذه القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا تجب صيانتها عن القطيعة ولهذا لم يجب في العتق والنفقة وغير ذلك ولو سرق من ذى محرم لا رحم له بسبب الرضاع فقد قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله بقطع الذى سرق ممن يحرم عليه من الرضاع كأثنا من كان وقال أبو يوسف اذا سرق من أمه من الرضاع لا يقطع (وجه) قوله أن المباشطة بينهما في الدخول ثابتة عرفاً وعادة فان الانسان يدخل في منزل أمه من الرضاع من غير اذن كما يدخل في منزل أمه من النسب بخلاف الاخت من الرضاع ولهما أن الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المؤبدة وانها لا تمنع وجوب الفطع كما لو سرق من أم موطوءته ولهذا يقطع في الاخت من الرضاع ولو سرق من امرأة أبيه أو من زوج أمه أو من حليته ابنه أو من ابن امرأته أو بنتها أو أمها ينظر ان سرق ما لهم من منزل من يضاف السارق اليه من أبيه وأمّه وابنه وامرأته لا يقطع بلا خلاف لانه مأذون بالدخول في منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزاً في حتمه وان سرق من منزل آخر فان كانا فيه لم يقطع بالاجماع وان كان لكل واحد منهما منزل على حدة اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يقطع وقال أبو يوسف يقطع اذا سرق من غير منزل السارق أو منزل أبيه أو ابنه وذكر القاضى في شرح مختصر الطحاوى قول محمد مع قول أبى يوسف رحمهم الله (وجه) قوطهما أن المانع هو القرابة ولا قرابة بين السارق وبين المسروق بل كل واحد منهما اجنبى عن صاحبه فلا يمنع وجوب القطع كما لو سرق من اجنبى آخر (وجه) قول أبى حنيفة أن في الحرز شبهة لان حق التراور ثابت بينه وبين قريبه لان كون المنزل لغير قريبه لا يقطع التراور وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى الحرز ولا قطع على أحد الزوجين اذا سرق من مال صاحبه سواء سرق من البيت الذى هما فيه أو من بيت آخر لان كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه وينتفع بماله عادة وذلك يوجب خلافاً في الحرز وفي الملك أيضاً وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا سرق من البيت الذى هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت آخر يقطع والمسئلة مرت في كتاب الشهادة وكذلك لو سرق أحد الزوجين من عبد صاحبه أو أمته أو مكاتبه أو سرق عبد أحدهما أو أمته أو مكاتبه من صاحبه

أوسرق خادم أحد هما من صاحبه لا يقطع لانه مأذون في الدخول في الحرز ولو سرق امرأة من زوجها أو سرق رجل من امرأته ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذحين وجوده لم ينقطع موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينقطع عند الابانة لان الابانة طارئة والا صل أن لا يعتبر الطاريء متارنا في الحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان في الاعتبار اسقاط الحدود في الاعتبار ههنا ايجاب الحد فلا يعتبر ولو سرق من مطلقته وهي في العدة أو سرق مطلقته وهي في العدة لم يقطع واحد منهما سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو تلاقا لان النكاح في حال قيام العدة قائم من وجه أو أنه قائم وهو العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه أو قيام أثره يورث شبهة ولو سرق رجل من امرأة أجنبية ثم تزوجها فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع واما ان تزوجها بعد ما قضى عليه بالقطع فان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع بلا خلاف لان هذا مانع طرأ على الحد والمانع الطاريء في الحد كما تارن لان الحدود ندرأ بالشبهات فيصير طريان الزوجية شبهة مانعة من القطع كقرانها وان تزوجها بعد ما قضى بالقطع لم يقطع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله ان الزوجية القائمة عند السرقة انما تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة وهي شبهة عدم الحرز أو شبهة الملك فالطارئة لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبار الشبهة وانما ساقطة في باب الحدود (وجه) قول أبي حنيفة ان الامضاء في باب الحدود من القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الامضاء كالمعترضة على القضاء ألا ترى انه لو قذف رجلا بالزنا وقضى عليه بالحد ثم ان المذوف زنى قبل اقامة الحد على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المعترض على الحد كالموجود عند القذف ليعلم ان الطاريء على الحدود قبل الامضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء والله تعالى أعلم وذكر في الجامع الصغير في الطرار اذا طر الصرة من خارج الكم انه لا قطع عند أبي حنيفة رحمه الله فان أدخل يده في الكم فطرها يقطع وقال أبو يوسف هذا كله سواء ويقطع وبتفصيل الكلام فيه يرتفع الخلاف ويتفق الجواب وهو أن الطر لا يخلو اما أن يكون بالقطع واما أن يكون بحل الرباط والدرهم لا يخلو اما ان كانت مصرورة على ظاهر الكم واما ان كانت مصرورة في باطنه فان كان الطر بالقطع والدرهم مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدرهم بعد القطع تقع على ظاهر الكم فلم يوجد الا خذ من الحرز وعليه يحمل قول أبي حنيفة رحمه الله وان كانت مصرورة في داخل الكم يقطع لانها بعد القطع تقع في داخل الكم فكان الطر أخذ من الحرز وهو الكم فيقطع وعليه يحمل قول أبي يوسف وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان بحال لو حل الرباط تقع الدرهم على ظاهر الكم بان كانت العقدة مشدودة من داخل الكم لا يقطع لانه أخذها من غير حرز وهو تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله وان كان اذا حل تقع الدرهم في داخل الكم وهو يحتاج الى ادخال يده في الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من الحرز وهو تفسير قول أبي يوسف والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل أيضا يخرج النباش على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يقطع لان القبر ليس بحرز بنفسه أصلا اذ لا تحفظ الاموال فيه عادة ألا ترى أنه لو سرق منه الدرهم والدنانير لا يقطع ولا حافظ للكفن ليجعل حرزا بالحفاظ فلم يكن القبر حرزا بنفسه ولا بغيره وفيه شبهة عدم الحرز لانه ان كان حرز مثله فليس حرزا لسائر الاموال فتمكنت الشبهة في كونه حرزا فلا يقطع ثم اختلف أنه يعتبر في كل شيء حرز مثله أو حرز نوعه قال بعض مشايخنا انه يعتبر في كل شيء حرز مثله كالا صطبل للدابة والحظيرة للشاة حق لو سرق اللؤلؤة من هذه المواضع لا يقطع وذكر الكرخي في مختصره عن أصحابنا ان ما كان حرزا للنوع يكون حرزا للانواع كلها وجعلوا سرية البقال حرزا للجواهر فالطحاوي رحمه الله اعتبر العرف والعادة وقال حرز الشيء هو المكان الذي يحفظ فيه عادة والناس في العادات لا يحرزون الجواهر في الا صطبل والكرخي رحمه الله اعتبر الحقيقة لان حرز الشيء ما يحرز ذلك الشيء حقيقة وسرية البقال تحرز الدرهم والدنانير والجواهر حقيقة فكانت حرزا لها والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون نصا بالكلية في هذا الشرط يقع في ثلاثة مواضع أحدها في أصل النصاب انه شرط أم لا والثاني في بيان

قدره والثالث في بيان صفاته (أما) الأول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء أنه شرط فلا قطع فيما دون النصاب وحكى عن الحسن البصري رحمه الله أنه ليس بشرط ويقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما من غير شرط النصاب وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده وهو معلوم أن من الحبال ما لا يساوي دانقاً والبيضة لا تساوي حبة (ولنا) دلالة النص والاجماع من الصحابة أما دلالة النص فلأن الله سبحانه وتعالى أوجب القطع على السارق والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفاء ومسارقة العين وإنما تقع الحاجة في الاستخفاء فيما له خطر والحبة لا خطر لها فلم يكن أخذها سرقة فكان إيجاب القطع على السارق اشتراطاً للنصاب دلالة (وأما) الاجماع فإن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على اعتبار النصاب وإنما جرى الاختلاف بينهم في التقدير واختلاف فهم في التقدير اجماع منهم على أن أصل النصاب شرط وبه تبين أن ما روي من الحديث غير ثابت أو منسوخ أو يحمل المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة وبيضة خطيرة كبيضة الحديد توفيقاً بين الدلائل والله تعالى أعلم (وأما) الكلام في قدر النصاب فقد اختلف فيه أيضاً قال أصحابنا رضي الله عنهم أنه مقدّر عشرة دراهم فلا قطع في أقل من عشرة دراهم وقال مالك رحمه الله وابن أبي ليلى بخمسة وذكر القدوري رحمه الله عند مالك رحمه الله ثلاثين وقال الشافعي ربع دينار حتى لو سرق ربع دينار إلا حبة وهو مع نقصانه يساوي عشرة لا يقطع عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع دينار لا يساوي عشرة لم يقطع عندنا وعندنا يقطع بقيمة الدينار عندنا عشرة وعندنا عشرة على ما بين في كتاب الديات احتج من اعتبر الخمسة بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع الخمسة إلا بخمسة واحتج الشافعي رحمه الله بما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قطع في ثمن قيمته ثلاثة دراهم وهي قيمة ربع دينار عنده لأن الدينار على أصله مقوم باثني عشر درهماً (ولنا) ما روى محمد في الكتاب بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان لا يقطع إلا في ثمن ثمن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم وفي رواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فيما دون عشرة دراهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع اليد إلا في دينار أو في عشرة دراهم وعن ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع السارق إلا في ثمن الجن وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن أمية أنه قال ما قطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في ثمن الجن وكان يساوي يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد في الأصل أن سيدنا عمر رضي الله عنه أمر بقطع يد سارق ثوب بلغت قيمته عشرة دراهم فرببه سيدنا عثمان رضي الله عنه فقال إن هذا لا يساوي الاثمانية فدرأ سيدنا عمر القطع عنه وعن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن مسعود رضي الله عنهم مثل مذهبنا والأصل أن الاجماع انعقد على وجوب القطع في العشرة وفيما دون العشرة اختلف العلماء لا اختلاف الأحاديث فوقع الاحتمال في وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال وإذا عرف أن النصاب شرط وجوب القطع بالسرقة فإن وجد ذلك القدر في أخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال النصاب وإن اختلفت السرقة لم يقطع لبقاء الشرط وعلى هذا مسائل إذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيت فيها درهما فخرجه إلى صحنها ثم عاد فآخذ درهما من البيت فخرجه ثم عاد فآخذ درهما من البيت فخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم ثم أخرج العشرة من الدار قطع لأن هذه سرقة واحدة لأن الدار مع صحنها وبيوتها حرز واحد فإدام في الدار لم يوجد من الإخراج من الحرز فإذا أخرج من الدار جملة فقد وجد إخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لأن هذه سرقات إذ كل فعل منه إخراج من الحرز فكان

إذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت السرقة ثم نقصت أنه هل يسقط القطع فجملة الكلام فيه أن نقصان المسروق لا يخلو إما أن كان نقصان العين بأن دخل المسروق عيباً أو ذهب بعضه (وأما) أن كان نقصان السعر فإن كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لأن نقصان عينه هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض أولى وإن كان نقصان السعر ذكر الكرخي رحمه الله لا يقطع في ظاهر الرواية وتعتبر قيمته في الوقتين جميعاً وروى محمد رحمه الله أنه يقطع وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله أنه تعتبر قيمته وقت الإخراج من الحرز وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) هذه الرواية أن نقصان السعر دون نقصان العين لأن ذلك لا يؤثر في الحل وهذا يؤثر فيه ثم نقصان العين لم يؤثر في إسقاط القطع فنقصان السعر أولى (وجه) ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي رحمه الله الفرق بين النقصانين (وجه) الفرق بينهما أن نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة لأن العين بحالها قائمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق أصلاً فيجعل النقصان الطاريء كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لأنه يوجب تغير العين أذ هو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة وكذا إذا سرق في بلد فأخذ في بلد آخر والقيمة فيه أقص ذ كركرخي رحمه الله أنه لا يقطع حتى تكون القيمة جميعاً في السعر عشرة دراهم وعلى رواية الطحاوي رحمه الله تعتبر قيمته وقت السرقة لا غير والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المسروق الذي يقطع فيه في الجملة مقصوداً بالسرقة لا تبعاً لمقصود ولا بتعلق القطع بسرقة في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله هذا ليس بشرط والأصل في هذا أن المقصود بالسرقة إذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصاباً بنفسه يقطع بلا خلاف وإن لم يبلغ بنفسه نصاباً إلا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع وكذلك إذا كان واحداً منهما مقصوداً ولا يبلغ بنفسه نصاباً يكمل أحدهما بالآخر ويقطع وإن كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفرد لا يقطع وإن كان معه غيره مما يبلغ نصاباً إذا لم يكن الغير مقصوداً بالسرقة بل يكون تابعاً في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله يقطع إذا كان ذلك الغير نصاباً كاملاً وبين هذه الجملة في مسائل إذا سرق أناء من ذهب أو فضة فيه شراب أو ماء أولين أو ماء ورد أو ثريد أو نبيذ أو غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفرد لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع (وجه) قوله أن ما في الأناء إذا كان مما لا يقطع فيه التحقق بعدم فيعتبر أخذ الأناء على الاقرار فيقطع فيه (وجه) قولهما أن المقصود من هذه السرقة ما في الأناء والأناء تابع ألا يرى أنه لو قصد الأناء بالأخذ لا بقي ما فيه وما في الأناء لا يجب القطع بسرقة ما في الأناء والمقصود لا يجب بالتابع وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال إنما أنظر إلى ما في جوفه فإن كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم أقطعه ولو سرق ما في الأناء في الدار قبل أن يخرج الأناء منها ثم أخرج الأناء فارغاً منه يقطع لأنه لما سرق ما فيه في الدار علم أن مقصوده هو الأناء والمقصود بالسرقة إذا كان مما يجب القطع بسرقة وبلغ نصاباً يقطع وعلى هذا الخلاف إذا سرق صبيّاً حرّاً يعبر عن نفسه وعليه حل وإن كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لأن له يد على نفسه وعلى ما عليه من الحل فلا يكون أخذه سرقة بل يكون خداعاً فلا يقطع وكذلك إذا سرق عبداً صبيّاً يعبر عن نفسه وعليه حل أو لم يكن لا يقطع بلا خلاف وإن كان لا يعبر عن نفسه يقطع عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع بناء على أن سرقة مثل هذا العبد يوجب القطع عندهما وعنده لا يوجب والمسئلة قد مرت ولو سرق كلباً أو غيره من السباع في عنقه طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفاً مفضضاً أو رهصاً باقوت لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزاً قيمته تسعة دراهم وفيه عسل يساوي درهما يقطع لأن المقصود ما فيه من العسل والكوز تبع فيكمل نصاب الأصل به وكذلك لو سرق حماراً يساوي تسعة وعليه كاف يساوي درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوي عشرة ينظر أن كان ذلك الثوب يصلح وعاءاً للدراهم بأن تشد فيه الدراهم عادة بأن كانت خرقعة ونحوها يقطع لأن المقصود بالأخذ هو ما فيه وإن كان لا يصلح بأن كان ثوب كركباس فإن كان تبلغ قيمة الثوب

نصاباً بأن كان يساوي عشرة يقطع بلا خلاف لأن الثوب مقصود بنفسه بالسرقة وإن كان لا يبلغ نصاباً قال أبو حنيفة رحمه الله لا يقطع وذكري الأصل أن اللص أن كان يعلم بالدراهم يقطع وإن كان لا يعلم لا يقطع وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وروى عنه أنه يقطع علم بها ولم يعلم (ووجهه) أن العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القطع بل الشرط أن يكون نصاباً وقد وجد (وجه) رواية الأصل أنه إذا كان يعلم بالدراهم كان مقصوده بالأخذ الدراهم وقد بلغت نصاباً فيقطع وإذا كان لا يعلم بها كان مقصوده الثوب وأنه لم يبلغ النصاب فلا يقطع (وجه) الرواية الأخرى لأبي حنيفة عليه الرحمة أن مثل هذا الثوب إذا كان مما لا تشد به الدراهم عادة كان مقصوداً بنفسه بالسرقة وإن لم يبلغ نصاباً فلم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لأنه تابع له ولو سرق جوالقاً أو جراباً فيه مال كثير قطع لأن المقصود بالسرقة هو المظروف لا الطرف والمقصود مما يجب القطع بسرقة يقطع وكذا إذا كان الثوب لا يساوي عشرة وفيه مال عظيم علم به اللص يقطع لأن الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء للسير ففما يصلح وعاء له يعتبر ما فيه لا نأعلم يقيناً أن مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصوداً بالسرقة وما فيه تابع له ولا قطع في المقصود لنقصان النصاب فكذا في التابع لأن التبع حكمه حكم الأصل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى المسروق منه فهو أن يكون له يد صحيحة وهو يد الملك أو يد الأمانة كيد المودع والمستعير والمضارب والمبضع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فيجب القطع على السارق من هؤلاء أمان المالك فلا شك فيه وكذا من أأمينه لأن يد أأمينه يده فلا خدمته كالأخذ من المالك فأما من الغاصب فإن منفعة يده عائدة إلى المالك إذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن العهدة فكانت يده يد المالك من وجهه ولأن المنصوب مضمون على الغاصب وضمان الغصب عندنا ضمان ملك فأشبه يد المشتري والمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين فيجب القطع على السارق منهم وهل يستوفي بخضومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف نذكره إن شاء الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لأن يد السارق ليست بيد صحيحة إذ ليست يده ملك ولا يد أمانة ولا يد ضمان فكان الأخذ منه كالأخذ من الطريق وإن كان القطع درى عن الأول قطع الثاني لأنه إذا درى عنه القطع صارت يده يد ضمان ويد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى المسروق فيه وهو المكان فهو أن تكون السرقة في دار العدل فلا يقطع بالسرقة في دار الحرب ودار البني لأنه لا يدلل أمام في دار الحرب ولا على دار البني فالسرقة الموجودة فيهما لا تنعقد سبباً لوجوب القطع وبيان هذا في مسائل التجار أو الأسارى من أهل الإسلام في دار الحرب إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لا يقطعه إلا أمام لأنه لا يدلل أمام في دار الحرب فالسرقة الموجودة فيهما لم تنعقد سبباً لوجوب القطع فلا تستوفي في دار الإسلام وكذلك التجار من أهل العدل في معسكر أهل البني أو الأسارى في أيديهم إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى أهل العدل فأخذ السارق لم يقطعه إلا أمام لأن السرقة وجدت في موضع لا يدلل أمام عليه فأشبهت السرقة في دار الحرب وكذلك رجل من أهل البني جاء للإمام تائباً وقد سرق من أهل البني لم يقطعهما قلنا وكذلك رجل من أهل العدل أغار على معسكر أهل البني فسرق منهم لم يقطعه الإمام لأن السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم ولاية الاستيفاء فيه ولأنه أخذ عن تأويل لأن أهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البني ويحبسونها عندهم حتى يتوبوا فكان في العصمة شبهة العدم وكذلك الرجل من أهل البني إذا سرق من معسكر أهل العدل وعاد إلى معسكره ثم أخذ بعد ذلك لم يقطع لأنهم يعتقدون إباحة أموالنا ولهم منعة فكان أخذه عن تأويل فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالأتلاف ولو أن رجلاً من أهل العدل سرق من إنسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه وماله يقطع لأن مجرد اعتقاد الإباحة لا عبرة به ولا نألو اعتبرنا ذلك لادى إلى سد باب الحد

لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا قبيح فما يؤدي اليه مثله

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي فنقول وبالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر بأحد أمرين أحدهما البينة والثاني الاقرار أما البينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرائطها لانها خبر يرجح فيه جنبه الصدق على جنبه الكذب فيظهر الخبر به وشرائط قبول البينة في باب السرقة بعضها يعم البينات كلها وقد ذكرنا ذلك في كتاب الشهادات وبعضها يخص أبواب الحدود والقصاص وهو الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل فيها شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لان في شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة الى تحملها فيما يحتمل لدفعه ويحتاج لدبرته وكذا عدم تقادم العهد الا في حد القذف والقصاص حتى لو شذوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا يقطع ويضمن المال والاصل ان التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا يبطل الاقرار أيضاً والفرق ذكرناه في كتاب الحدود وانما ضمن المال لان التقادم انما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحدود ولا تمنع وجوب المال وبعضها يخص أرباب الاموال والحقوق وهو الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا انه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة فاذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم أو رث تهمة ويجوز الحبس بالتهمة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وهل يشترط حضور المولى لقبول البينة القائمة على سرقة عبده مال انسان والعبد يجحد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يشترط حتى لو كان مولا غائبا لم تقبل البينة وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عن أبي يوسف رحمه الله رواية اخرى أنه لا يشترط ويقضى عليه بالقطع وان كان مولا غائبا (وجه) هذه الرواية أن القطع انما يجب على العبد بالسرقة من حيث انه آدمي مكلف لا من حيث انه مال مملوك للمولى ومن هذا الوجه المولى أجنبي عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا تشترط خضرة سائر الاجانب ولهذا لو أقر بالسرقة نفذ اقراره ولا يشترط حضور المولى كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن هذه البينة تتضمن اتلاف ملك المولى فلا يقضى بهامع غيبة المولى كالبينة القائمة على مالك شيء من رقبة العبد ولان من الجائز أنه لو كان حاضر الادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود ندرأ ما أمكن بخلاف الاقرار لانه بعد ما وقع موجبا للحسد لا يملك المولى رده بوجه فلم يتمكن فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فانكر فاستخلف فنكل لا يقضى عليه بالقطع ويقضى بالمال لان النكول اما أن يجري مجرى البدل والقطع مما لا يحتمل البدل والاباحة والمال يحتمل البدل والاباحة واما أن يجري مجرى اقراره فيه شبهة العدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة تمنع وجوب الحدود ولا تمنع وجوب المال (وأما) الاقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضاً لان الانسان غير متهم في الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبينة وبل أولى لان المرء قد يتهم في حق غيره مالا يتهم في حق نفسه وسواء كان الذي أقر بالسرقة عبداً ماذونا أو محجورا بعد ان كان من أهل وجوب القطع عليه وعند زفر رحمه الله لا يقطع باقرار العبد من غير تصديق المولى وجملة الكلام أن العبد اذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو اما ان كان ماذونا أو محجورا والمال قائم أو هالك فان كان ماذونا يقطع ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه سواء صدقه مولا في اقراره أو كذبه لان القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا وان كان المال قائما فهو للمسروق منه وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يقطع من غير تصديق المولى والمال للمسروق منه (وجه) قوله أن اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى لان ما في يد العبد مال مولا فلا يقبل من غير تصديق المولى (ولنا) أن العبد غير متهم في هذا الاقرار لان المولى ان كان يتضرر به فضرر العبد أعظم فلم يكن متهما في اقراره فيقبل ولانه لا ملك للمولى في يد العبد في حق القطع كما لا ملك له في نفسه في حق القتل فكان العبد فيه مبق على أصل الحرية فيقبل اقراره كالخرو به

تبين أن اقراره لم يتضمن ابطال حق المولى في حق القطع لعدم الحق له في حقه وان كان محجورا نقطع يده ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه كذبه مولا أو صدقه وان كان قائما فان صدقه مولا نقطع يده والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالي اختلف فيه أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة نقطع يده والمال للمسروق منه وقال أبو يوسف نقطع يده والمال للمولى ولا ضمان على العبد في الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا نقطع يده والمال للمولى ويضمن مثله للمقر له بعد العتق (وجه) قوله ظاهر لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما في يده ملك مولا ظاهرا وغالبا وإذا لم ينفذ اقراره بالمال بقي المال على حكم ملك المولى ولا قطع في مال المولى بخلاف المأذون لان اقراره بالمال جائز وإذا جاز اقراره بالمال لغيره ثبتت السرقة منه فيقطع (وجه) قول أبي يوسف أن اقراره بالحد جائز وان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة جواز اقراره في حق الحد جوازه في المال ألا ترى أنه لو قال سرقت هذا المال الذي في يدي بد من عمرو ويقبل اقراره في القطع ولا يقبل في المال كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن اقرار العبد بالحد جائز لما ذكرنا في العبد المأذون فلزمه القطع فبعد ذلك لا يخلو اما أن يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المسروق الى المولى واما أن يقطع في مال غير عينه لا سبيل الى الاول لان قطع اليد في مال محكوم به لمولا لا يجوز ولا يجوز أن يقطع في مال غير عينه لان الاقرار صادق مالا معينا فتعين أن يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المال الى المسروق منه هذا اذا كان العبد بالغاً عاقلا وقت الاقرار فاما اذا كان صبيا عاقلا فلا قطع عليه لانه ليس من أهل الخطاب بالشرائع ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره بالمال فان كان قائما يرد عليه وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا لا يصح اقراره الا بتصديق المولى فان كذبه فالمال للمولى ان كان قائما وان كان هالكا لا ضمان عليه في الحال ولا بعد العتاق ولو أقر العبد بسرقة ما دون العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره ويرد المال الى المسروق منه وان كان هالكا يضمن سواء كان العبد مخاطبا أو لم يكن وان كان محجورا فان صدقه مولا فكذلك وان كذبه فالمال للمولى ويضمن العبد بعد العتق ان كان مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه والاصل في جنس هذه المسائل ان كل مالا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد فيه ثم المولى اذا أقر على عبده بالقصاص أو حد الزنا أو حد القذف أو السرقة أو القلع في السرقة لا يصح فاذا أقر العبد بهذه الاشياء يصح (وأما) اذا أقر المولى على عبده بالجناية فيمادون النفس فيما يجب فيه الدفع أو القداء فانه ينظر ان لم يكن عليه دين صح لان الجناية فيمادون النفس يسلك فيها مسلك الاموال فكأن المولى أقر عليه بالدين ولو أقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين لا يصح لانه لو أقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا أقر عليه بالجناية والله سبحانه وتعالى أعلم وعدم التقدم في الاقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز سواء تقدم عهد السرقة أولا بخلاف البيعة والفرق ذكرناه في كتاب الحدود واختلف في العدد في هذا الاقرار انه هل هو شرط قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ليس بشرط ويظهر بالاقرار مرة واحدة وقال أبو يوسف رحمه الله شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين في مكانين والدلائل ذكرناها في كتاب الحدود وكذا اختلف في دعوى المسروق منه انها هل هي شرط كون الافرار مظهر السرقة كما هي شرط كون البيعة مظهرة لها قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله شرط حتى لو أقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما وقال أبو يوسف الدعوى في الاقرار ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه (وجه) قوله ان اقراره بالسرقة اقرار على نفسه والا انسان يصدق في الاقرار على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو أقر بالزنا بامرأة وهي غائبة قبل اقراره وحده كذا هذا ولهما ما روى ان سمرة رضى الله عنه قال للنبي عليه الصلاة والسلام اني سرقت ل فلان فأتقذ اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأهم فقالوا انا فقدنا بغير النافي ليلة كذا فقطعناه فقلوا ان المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسأهم بل كان يقطع السارق ولان كل من في يده شيء فالظاهر انه ملكه (فأما) اذا أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدق المقر له والغائب يجوز أن يصدق فيه ويجوز أن يكذبه فبقي على حكم

ملك السارق فلا يقطع ولان في ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لا حتمال التكذيب من المسروق منه فانه يحتمل أن يحضر فيكذبه في اقراره بخلاف الاقرار بالزنا بامرأة غائبة انه خدام المتمر وان كان يحتمل أن يحضر المرأة فتدعي شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة يسقط الحد لاجل الشبهة فلو سقط عند غيبته لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة في درء الحد وههنا بخلافه لان المسروق منه لو كان حاضرا وكذب السارق في اقراره بالسرقة منه لم يقطع لان مكان الشبهة بل لا نعدم فعل السرقة فلم يكن السقوط حال الغيبة اعتبار شبهة الشبهة والله تعالى أعلم قال محمد لو قال سرق هذه الدراهم ولا أدري لمن هي أو قال سرقها ولا أخرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم انية المانعة النفع على أصله فالجهالة أولى ولان الخصومة لما كانت شرطا فإذا كان المسروق منه مجهولا تتحقق الخصومة فلا يقطع واذا عرف ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالينة على الاتفاق وبالاقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من ملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول والله التوفيق الاصل ان كل من كان له بدد تحيجه يملك الخصومة ومن لا فلا فمالك أن يخصم السارق اذا سرق منه لا شك فيه لان بد المالك يد تحيجه (وأما) المودع والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرهن فلا خلاف بين أحنافنا رضي الله عنهم في أن لهم أن يخصموا السارق ونعبر خصومتهم في حق نبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى أيديهم وأما في حتموق القطع فكذلك عند أحنافنا الثلاثة رحمهم الله و يقطع السارق بخصومتهم وعند زفر رحمه الله لا تعتبر خصومتهم في حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هؤلاء وعند الشافعي رحمه الله لا يعتبر بخصومة غير المالك أصلا لا في حق القطع ولا في حق ولاية الاسترداد (ووجه) قول زفر رحمه الله أن يده هؤلاء ليست بيد تحيجه في الاصل أما يد المرهن فظاهر لانها بد حفظ لا انه يثبت له ولاية الخصومة لضرورة اعادة الى يد الحفظ ليتمكن من التسليم من المالك وكذلك يد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرهن يدهم ضمان لا يد خصومة وانما ثبت لهم ولاية الخصومة لا مكان الرد الى المالك فكان تبوت ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة والثابت بضرورة يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لا نعدم عللة الثبوت وهي الضرورة فكانت الخصومة منعدمة في حق القطع ولا قطع بدون الخصومة ولهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا (ولنا) ان الخصومة شرط صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة ما لم يعلم ان المسروق ملك غير السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرط كون البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة ثبت بخصومة هؤلاء واذا ظهرت السرقة يقطع لتو له تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما بخلاف السارق انه لا يقطع بخصومته لان يده ليست بصحيحة لما ذكرنا على أن عدم القطع هناك خلل في ملك المسروق لما بينا فيما تقدم وههنا لا خلل في العصمة ألا ترى أن هناك لا يقطع بخصومة المالك وههنا يقطع ولو حضر المالك وغاب المرهن هل له أن يخصم السارق ويقطعه ذكر في الجامع الصغير أن له ذلك وروى ابن سبيعة عن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك (وجه) رواية ابن سبيعة أن ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق منه وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة (وجه) رواية الجامع ان الخصومة في باب السرقة انما شرطت ليعلم أن المسروق ملك غير السارق وهذا محصل بخصومة المالك فتصبح خصومته كما تصبح خصومة المرهن بل أولى لان بد المرهن يد نيابة فلما سحبت الخصومة بيد النيابة فيد الاصلالة أولى ولو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب ذكر في الجامع الصغير ان له أن يخصم ويطالب بالقطع ولم يذكر ابن سبيعة في الغصب خلافا وذكر القدوري عليه الرحمة أنه ينبغي أن يكون الخلاف فهما واحدا وليس للراهن أن يخصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضاء الدين فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له أن يخصم لانه ثبت ولاية القبض بالفكالك قال القدوري رحمه الله وعلى قياس رواية ابن سبيعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة المرهن كما في المودع بل أولى لان يد المرهن أقوى من يد المودع لان يد المرهن لنفسه ويد المودع لغيره ولو هلك الرهن

في يد السارق كان للمرتهن أن يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لأن المرتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك وهلاك المحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية (فاما) الراهن فلم يبق له حق في المرهون ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة (وأما) السارق فلا يملك الخصومة لأن يده ليست بمضمونة لأنها ليست بيد ملك ولا يضمن ولا يد أمانة فصار لا خذ من يده كالاخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثاني بالقطع ولا للمالك أيضاً ولاية المحاصرة لأن أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت له ولاية المطالبة وهل للسارق الأول أن يطالب الثاني برد المسروق الى يده قالوا فيه روايتان في رواية له ذلك وفي رواية ليس له ذلك (وجه) الرواية الأولى على نحو ما بينا أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار لا خذ منه كالاخذ من الطريق سواء (وجه) الرواية الثانية أن من الجائز أن يختار المالك الضمان ويترك القطع فيحتاج الى أن يسترده من يده فيدفع اليه فيتخلص عن الضمان كما في الغصب ونحوه على ما مر وذكر القدوري عليه الرحمة أنه يجوز أن يقال ما لم يقطع فله ذلك (وأما) بعد القطع فليس له ذلك لأن قبل القطع يحتمل اختيار الضمان وبعده لا قال ويجوز أن يقال له ذلك بعد القطع أيضاً لأن الضمان ان لم يجب عليه في القضاء فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى فيحتاج الى الاسترداد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضي سواء استفاده قبل زمان القضاء أو في زمان القضاء لما ذكرنا في كتاب أدب القاضي والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل في﴾ وأما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال (أما) الذي يتعلق بالنفس فالقطع لقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهم ما لم يروا من الأخبار وعليه إجماع الأمة فالكلام في هذا الحكم يقع في مواضع في بيان صفات هذا الحكم وفي بيان محل إقامته وفي بيان من يقيمه وفي بيان ما يسقط بعد ثبوته وفي بيان حكم السقوط بعد الثبوت أو عدم الثبوت أصلاً لما نفع من الشبهة (أما) صفات هذا الحكم فأنواع (منها) أن يبقى وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع في سرقة واحدة ولقب المسئلة أن الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك المسروق في يد السارق بعد القطع أو قبله لا ضمان عليه وعند الشافعي رحمه الله فيقطع ويضمن ما استهلكه (وجه) قوله أنه وجب من السارق سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعاً وإنما قلنا ذلك لأنه وجب منه السرقة وإنها سبب لوجوب القطع والضمان لأنها جناية حقين حق الله عز وجل وحق المسروق منه (أما) الجناية على حق الله سبحانه وتعالى فهتك حرمة حفظ الله سبحانه وتعالى اذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله سبحانه وتعالى (وأما) الجناية على حق العبد فبأنلاف ماله فكانت الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث إنها جناية على حق الله سبحانه وتعالى وضمان المال من حيث إنها جناية على حق العبد كمن شرب خمر الدمي أنه يجب عليه الحد حق الله تعالى والضمان حق العبيد وكذا قتل الخطأ يوجب الكفارة حق الله تعالى والدية حق العبد كذا هذا والدليل عليه أن المسروق لو كان قائماً يجب رده على المالك فدل أنه بقي معصوماً حقاً للمالك (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ولا استدلال بالآية من وجهين أحدهما أن الله سبحانه وتعالى سمي القطع جزاء والجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم اليه الضمان لم يكن القطع كافياً فلم يكن جزاء تعالى الله سبحانه وتعالى عن الخلف في الخبر والثاني أنه جعل القطع كل الجزاء لأنه عز شأنه ذكره ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخاً لنص الكتاب العزيز وأما السنة فما روى عن سيدنا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا قطع السارق فلا غرم عليه والغرم في اللغة ما يلزم أدائه وهذا نص في الباب (وأما) المعقول فن وجهين أحدهما بناء والآخر ابتداء (أما) وجه البناء فهو أن المضمونات عندنا نأكل عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمننا السارق

قيمة المسروق أو مثله للمالك المسروق من وقت الأخذ فبين أنه قطع في ملك نفسه وذلك لا يجوز (وأما) وجه الابتداء
فقاله بعض مشايخنا وهو أن الضمان إنما يجب بأخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقاً للمالك فيجب أن يكون
المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداء بالمثل في ضمان العدوانات والمضمون حالة السرقة خرج من أن يكون معصوماً
حقاً للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقي معصوماً حقاً للمالك لما وجب إذا ثبت حقاً للعبد ثبت لدفع حاجته
وحاجة السارق كحاجة المسروق منه فتمكن فيه شبهة الإباحة وانها تمنع وجوب القطع والقطع واجب فينتفي
الضمان ضرورة إلا أنه وجب رد المسروق حال قيامه لأن وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمة ألا ترى أن
من غصب خمر المسلم يؤمر بالرد إليه لقيام ملكه فيها ولو هلك في يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن
من ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقاً للعبد زال ملكه عن المحل وهما الملك قائم فيؤمر بالرد إليه والعصمة زائلة
فلا يكون مضموناً بالهلاك ويخرج على هذا الأصل مسائل إذا استهلك السارق المسروق بعد القطع لا يضمن
في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يضمن (وجه) هذه الرواية أن المسروق بعد القطع بقي على
ملك المسروق منه ألا ترى أنه يجب رده على المالك وقبض السارق ليس بقبض مضمون فكان المسروق في يده
بمنزلة الأمانة فإذا استهلكها ضمن (وجه) ظاهر الرواية أن عصمة المحل الثابتة حقاً للمالك قد سقطت في حق
السارق لضرورة إمكان إيجاب القطع فلا يعود إلا بالرد إلى المالك فلم يكن معصوماً قبله فلا يكون مضموناً ولو استهلك
رجل آخر يضمنه لأن العصمة إنما سقطت في حق السارق لا في حق غيره فيضمن ولو سقط القطع لشبهة ضمن
لأن المانع من الضمان هو القطع وقد زال المانع ولو باع السارق المسروق من إنسان أو ملكه منه بوجه من الوجود فإن
كان قائماً فلصاحبه أن يأخذه لأنه عين ملكه وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لأن الرجوع بالثمن
لا يوجب ضماناً على السارق في عين المسروق لأنه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته ليوجب ذلك ملك المسروق
للسارق وإن كان هلك في يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض هكذا روى عن أبي يوسف أما السارق فلا أن
القطع ينفي الضمان (وأما) المشتري فلا أنه لو ضمنه المالك لكان له أن يرجع بالضمان على السارق فيصير كأن المالك
ضمن السارق وقطعه ينفي الضمان عنه وإن كان استهلكه القابض كان للمالك أن يضمنه القيمة لأنه قبض ماله بغير
إذنه وهلك في يده وللمشتري أن يرجع على السارق بالثمن لأن الرجوع بالثمن ليس بتضمن ولو اغتصبه إنسان من
السارق فهلك في يده بعد القطع فلا ضمان للسارق ولا للمسروق منه (أما) السارق فلا أنه ليس بمالك (وأما) المالك
فإن العصمة الثابتة له حقا قد بطلت قال القدوري وكان للمولى أن يضمنه الغاصب لأنه لو ضمن لا يرجع بالضمان
على السارق وعلى هذا يخرج ما إذا سرق ثوباً فخرقه في الدار خرقة فاحشاً ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم لا يقطع
لأن الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان وأنه يوجب ملك المضمون وذلك يمنع القطع وإن خرقة عرضاً فقد مر
الاختلاف فيه (ومنها) أن يجري فيه التداعيل حتى أنه لو سرق سرقات فرفع فيها كلها فقطع أو رفع في بعضها فقطع
فيما رفع فالتقطع للسرقات كلها ولا يقطع في شيء منها بعد ذلك لأن أسباب الحدود إذا اجتمعت وانها من جنس
واحد يكتفي فيها بحد واحد كما في الزنا وهذا لأن المقصود من إقامة الحد هو الزجر والردع وذلك يحصل بإقامة
الحد الواحد فكان في إقامة الثاني والثالث شبهة عدم الفائدة فلا يقام ولهذا يكتفي في باب الزنا بإقامة الأول حد
كذا هذا وإن محل الإقامة قد فات إذ محلها اليد اليمنى لأن كل سرقة وجدت ما أوجبها لا قطع اليد اليمنى فإذا
قطعت في واحدة منها فقد فات محل الإقامة وصار كما لو ذهبت اليد اليمنى بأفة سماوية وأما حكم الضمان فلا
خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في أنه إذا حضر أصحاب السرقات وخصموا فيها فقطع بمخاصمتهم أنه لا ضمان
على السارق في السرقات كلها لأن مخاصمة المسروق منه بالقطع بمنزلة الإبراء عن الضمان عندنا فإذا خصموا
جميعاً فكانهم أبرؤا وأما إذا خصم واحد في سرقة فقطع فلا ضمان على السارق فيما خصم باجماع بين أصحابنا

رضي الله عنهم واما فيما لم يخاصم فيه فقد اختلفوا قال ابو حنيفة رحمه الله لا ضمان عليه في شيء من السرقات خاصموه
أو لم يخاصموه وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله يضمن في السرقات كلها الا فيما خوصم (وجهه) قوله ما ان
المسروق منه مخير بين ان يدعي المال يستوفي حقه وهو الضمان وبين ان يدعي السرقة ليستوفي في حق الله سبحانه
وتعالى وهو القطع ولا ضمان له فكان سقوط الضمان مبنياً على دعوى السرقة والخصومة فيها فمن خاصم منهم فقد
وجد منه ما يوجب سقوط الضمان ومن لم يخاصم لم يوجد منه المسقط فيبقى حقه في الضمان كما كان ولا يبي حنيفة
رحمه الله ان النافي للضمان هو القطع والقطع وقع للسرقات كلها فينفي الضمان في السرقات كلها هذا اذا كان المسروق
هالكاً ما اذا كان قائماً رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفي الضمان لا الرد ومنها انه لا يحتمل العفو حتى لو أمر
الامام بقطع السارق فعفا عنه المسروق منه كان عفو باطلاً لان حجة العفو يعتمد كون المعفو عنه حقا للعافي والقطع
خالص حق الله سبحانه وتعالى لا حق للعبد فيه فلا يصح عفو الله سبحانه وتعالى أعلم واما محل اقامة هذا الحكم
فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل المحل ومراعاة الترتيب فيه والثاني في بيان موضع اقامة الحكم منه اما
الاول فاصل المحل عند أصحابنا طرفان فقط وهما اليد اليمنى والرجل اليسرى فتقطع اليد اليمنى في السرقة الاولى وتقطع
الرجل اليسرى في السرقة الثانية ولا يقطع بعد ذلك أصلاً ولكنه يضمن السرقة ويعزر ويحبس حتى يحدث توبة
عندنا وعند الشافعي رحمه الله الاطراف الاربع محل القطع على الترتيب فتقطع اليد اليمنى في المرة الاولى وتقطع الرجل
اليسرى في المرة الثانية وتقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة وتقطع الرجل اليمنى في السرقة الرابعة احتج الشافعي رحمه الله
بقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والا يدي اسم جمع والانتان فافوقهما جماعة على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى ان تنوبا الى الله فقد صغت قلوبكما وانه لم يكن لكل واحد الا قلب واحد الا ان
الترتيب في قطع الايدي ثبت بدليل آخر وهذا لا يخرج اليد اليسرى من ان تكون محلاً للقطع في الجملة وروى ان
سيدنا ابا بكر رضي الله عنه قطع سارق حلي أسماؤه وكان أقطع اليد والرجل (ولنا) ما روى ان سيدنا علياً رضي الله
عنه أتى بسارق فتقطع يده ثم أتى به الثانية وقد سرق فتقطع رجله ثم أتى به الثالثة وقد سرق فقال لا أقطعه ان قطعت يده
فبأي شيء يأكل بأي شيء يتمسح وان قطعت رجله بأي شيء يمشي اني لا استحي من الله فضر به بخشبة وحبسه
وروى ان سيدنا عمر رضي الله عنه أتى بسارق أقطع اليد والرجل قد سرق نعالا يقال له سدوم وأراد ان يقطعه فقال
له سيدنا علي رضي الله عنه انما عليه قطع يد ورجل فحبسه سيدنا عمر رضي الله عنه ولم يقطعه وسيدنا عمر وسيدنا
علي رضي الله عنهما لم يزيديا في القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينقل انه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم (ولنا) أيضاً دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة
الاجماع فهي اننا أجمعنا على ان اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا يعدل الى اليد اليسرى بل الى الرجل اليسرى ولو كان لليد
اليسرى مدخل في القطع لكان لا يعدل إلا اليها لانها منصوص عليها ولا يعدل عن المنصوص عليه الى غيره فدل
العدول الى الرجل اليسرى لا اليها على انه لا مدخل لها في القطع بالسرقة أصلاً وهذا النوع من الاستدلال ذكره
الكرخي رحمه الله واما المعقول فهو ان في قطع اليد اليسرى تقويت جنس منفعة من منافع النفس أصلاً وهي منفعة
البطش لانها تقوت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليمنى فتصير النفس في حق هذه المنفعة هالكة فكان قطع اليد اليسرى
اهلاك النفس من وجه وكذا قطع الرجل اليمنى بعد قطع الرجل اليسرى تقويت منفعة المشي لان منفعة المشي تقوت
بالكلية فكان قطع الرجل اليمنى اهلاك النفس من كل وجه واهلاك النفس من كل وجه لا يصلح حداثاً في السرقة
كذا اهلاك النفس من وجه لان الثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في الحدود احتياطاً ولا حجة له في الآية
الشريفة لان ابن مسعود رضي الله عنه قرأ فاقطعوا أيماهما ولا يظن عثله ان يقر ذلك من تلقاء نفسه بل سماعاً من
رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراءته مخرج التفسير يلهم الكتاب العزيز وهكذا روى عن عبد الله بن

عباس رضي الله عنهما في قوله عز وجل فاقطعوا أيديهما انه قال أيانهما وهكذا روى عن الحسن وإبراهيم رحمهما الله وأما حديث لا قطع فقد روى الزهري في الموطأ عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت لما كان الذي سرق حلي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع سيدنا أبو بكر رضي الله عنه رجله اليسرى وكانت تنكر ان يكون أقطع اليد والرجل ثم انما تقطع يده اليمنى في الكرة الاولى اذا كانت اليد اليسرى صحيحة يمكنه ان ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليمنى صحيحة يمكنه الانتفاع بها بعد قطع الرجل اليسرى فان كانت اليد اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الابهام أو أصبعين سوى الابهام لا تقطع اليد اليمنى لان القطع في السرقة شرع زاجر الالمه كما اذا لم تكن اليد اليسرى يمكن الانتفاع بها فقطع اليد اليمنى يقع تفويتا لجنس المنفعة وهي منفعة البطش أصلا فيقع اهلا كالنفس من وجه فلا تقطع ولا يقطع رجله اليسرى أيضاً لانه يذهب أحد الشقين على الكمال فيهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة أصبع واحدة سوى الابهام تقطع يده اليمنى لان القطع لا يتضمن فوات جنس المنفعة وكذا ان كانت الرجل اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بهاء عرج يمنع المشي عليها لا تقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات الشق ولا رجله اليسرى وان كانت صحيحة لانه يبقى بلارجلين فينوت جنس المنفعة ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الا صابع كلها فان كان يستطيع القيام والمشي عليها تقطع يده اليمنى لان الجنس لا يفوت وان كان لا يستطيع لا يقطع لقوات الشق ولو كانت يده صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الابهام أو الا صابع تقطع يده اليمنى لان جنس المنفعة لا يفوت ولا فيه فوات الشق أيضاً ولو سرق ويمناه شلاء أو مقطوعة الابهام أو الا صابع لقوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما أي أيماهما من غير فصل بين يمين ويمين ولا نهالو كانت سليمة تقطع فالتناقضة المعيبة أولى بالقطع ثم فرق بين القطع في السرقة وبين الاعتاق في الكفارة حيث جعل فوات أصبعين سوى الابهام من اليد اليسرى نقصاناً مانعاً من قطع اليد اليمنى ولم يجعل فوات أصبعين نقصاناً مانعاً من جواز الاعتاق ما لم يكن ثلاثاً (وجه) الفرق ان القطع حد فهذا القدر من النقصان يورث شبهة بخلاف العتق والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قال الحاكم لحداد اقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى فهذا على وجهين اما أن قال اقطع يده مطلقاً واما ان قيده فقال اقطع يده اليمنى فان أطلق فقال له اقطع يده فقطع اليسرى لا ضمان عليه للحال لانه فعل ما أمر به حيث أمره بقطع اليد وقد قطع اليد وان قيد فقال اقطع يده اليمنى فقطع اليسرى فان أخرج السارق يده وقال هذا هو يميني فلا ضمان عليه أيضاً لانه قطع بأمرة فلا يضمن كمن قال لا أخرج اقطع يدي فقطعه لا ضمان عليه كذا هذا وان لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى خطأ لا ضمان عليه عند أصحابنا رضي الله عنهم وعند زفر رضي الله عنه يضمن لان الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر (ولنا) ان هذا خطأ في الاجتهاد لانه أقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكاً بظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما من غير فصل بين اليمين واليسار فكان هذا خطأ من المجتهدين في الاجتهاد وانه موضوع وموضوع المسألة في هذا الخطأ لا فيما اذا أخطأ فظن اليسار يميناً مع اعتقاد وجوب قطع اليمين مع ما ان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن هناك أيضاً على مانحين وان قطع اليسرى عمد الا ضمان عليه أيضاً عند أبي حنيفة وعندهما يضمن لهما انه تعمد الظلم باقامة اليسار مقام اليمين فلم يكن معذوراً فيضمن ولا بي حنيفة رضي الله عنه انه أتلف وأخلف خيراً مما أتلف فلا يضمن كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته الف بالقيين ثم رجعا انهما لا يضمنان لما قلنا كذا هذا وانما قلنا انه أخلف خيراً مما أتلف لانه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى لانها لا تقطع بعد ذلك لانه لا يؤتى على أطرافه الا ربعة واليمين خير من اليسرى ثم على قول أبي حنيفة عليه الرحمة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعاً من السرقة حتى اذا هلك المال في يد السارق أو استهلكه لا يضمن أولاً يكون من السرقة حتى يضمن اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم يكون وقال بعضهم لا يكون هذا كله اذا قطع الحداد بامر الحاكم فاما الاجنبى اذا قطع يده اليسرى فان كان خطأ تجب الدية وان كان عمداً يجب القصاص وسقط عنه القطع في اليمين لانه لو قطع يؤدي الى اهلاك النفس من وجه على ما بينا

ويرد عليه المروق ان كان قائماً وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من الضمان هو القطع وقد سقط ولو وجب عليه قطع اليد اليسرى في السرقة فلم تقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا على وجهين اما ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص ان كان عمداً والارش ان كان خطأً وتقطع رجله اليسرى في السرقة كانه سرق ولا يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل القضاء فكذلك الجواب الا انها لا تقطع رجله اليسرى لانه لما خوصم كان الواجب في اليمين وقد قامت فسقط الواجب كما لو ذهب بأقفة سماوية وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع لانه احتسب لاقامة حد الله سبحانه وتعالى فكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما هلك من مال السرقة في يده أو استهلك وأما الموضع الذي يقطع من اليد اليمنى فهو مفصل الزند عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعضهم تقطع الاصابع وقال الخوارج تقطع من المنكب لظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما واليد اسم لهذه الجملة والصحيح قولنا الماروى انه عليه الصلاة والسلام قطع يد السارق من مفصل الزند فكان فعله بياناً للمراد من الآية الشريفة كانه نص سبحانه وتعالى فقال فاقطعوا أيديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام أو من ولاه لان هذا الحد والمتولى لاقامة الحدود الائمة أو من ولوهم من القضاء والحكام وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام في هذا الفصل استوفيناه في كتاب الحدود واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فنقول ما يسقطه بعد وجوبه أنواع منها تكذيب المروق منه السارق في اقراره بالسرقة بان يقول له لم تسرق مني ومنها تكذيبه البينة بان يقول شهد شهودي بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فسقط القطع ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويضمن المال لان الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحديث سقط بالشبهة ولا يسقط المال رجلاً ان أقر بسرقة ثوب يساوي مائة درهم ثم قال أحدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه أو قال هذا الى دري القطع عنهما لانهما اقرارا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ثم لما أنكر أحدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه فيورث شبهة في حق الشريك لاتحاد السرقة ولو قال أحدهما سرقنا هذا الثوب من فلان فكذبه الآخر وقال كذبت لم نسرقه قطع المقر وحده في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يقطع واحد منهما (وجهه) قول أبي يوسف أنه أقر بسرقة واحدة بينهما على الشركة فاذا لم تثبت في حق شريكه بانكاره يؤثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا أقر بالزنا بامرأة فانكرت أنه يحد الرجل على أصله لان انكار المرأة لا يؤثر في اقرار الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا من جانبها عدمه من جانبها كما لو زنا بصبيبة أو مجنونة بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد من أحدهما على وجه الشركة فعدم السرقة من أحدهما يؤثر في حق الآخر (وجهه) قول أبي حنيفة أن اقراره بالشركة في السرقة اقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما الا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه فبقى اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة فيؤخذ به بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامرأة وهي تجحد أنه لا يجب الحد على الرجل على أصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمرأة فاذا أنكرت لم يثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) رد السارق المروق الى المالك قبل المرافعة عندهما واحدى الرويتين عن أبي يوسف وروى عنه أنه لا يسقط ولا خلاف في أن الرد بعد المرافعة لا يسقط الحد (وجهه) رواية أبي يوسف أن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع فرد المروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب كما لو رده بعد المرافعة ولهما أن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المروق الى المالك فقد بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة لا بقاءها وقد وجدت (ومنها) ملك السارق المروق قبل القضاء نحو ما اذا وهب المروق منه

المسروق من السارق قبل القضاء وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان وهبه منه قبل القضاء واما ان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء فان وهبه قبل القضاء يسقط القطع بخلاف وان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء يسقط عندهما وقال أبو يوسف لا يسقط وهو قول الشافعي رحمهما الله احتج أبو يوسف بما روى أن سارق رداء ضفوان أخذ فأتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع يده فقال ضفوان يا رسول الله اني لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهل قبل أن تأتيني به فدل ان الهبة قبل القضاء تسقط وبعده لا تسقط ولان وجوب القطع حكم معاقب بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقعت موجبة للقطع لا يستتبع شرائط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خلافا في السرقة الموجودة فبقى القطع واجبا كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء لان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضي وقد بطل حق الخصومة (وجه) قولهما ان القبض شرط لثبوت الملك في الهبة والمالك في الهبة يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه أو من وجهه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده لان القضاء في باب الحدود امضاء لها لم يمنع فكأنه لم يقض ولو كان لم يقض ليس انه لا يقطع فكذا اذا لم يعض ولان الطارىء في باب الحدود ملحق بالمقارن اذا كان في اللاحق اسقاط الحد وههنا فيه اسقاط الحد فيلحق به (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لان المروى قوله هو عليه صدقة وقوله هو يحتمل انه أراد به المسروق ويحتمل انه أراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحديد عليه انه روى في بعض الروايات انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق أو وهبه منه ولكنه لم يقبضه والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض وعلى هذا اذا باع المسروق من السارق قبل القضاء أو بعده على الاتفاق والاختلاف ولو زنى بامرأة ثم تزوجها لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل الاستناد الى وقت الوطء فلا تثبت الشبهة في الزنا فيحد (وأما) حكم السقوط بعد الثبوت لما منع وهو الشبهة وغيرها فدخل المسروق في ضمان السارق حتى لو هلك في يده بنفسه أو استهلكه السارق يضمن لان المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال المانع فيضمن والله تعالى أعلم والثاني وجوب ردء بين المسروق على صاحبه اذا كان قائما بعينه وجملة الكلام فيه ان المسروق في يد السارق لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث السارق فيه حدثا فان كان على حاله رده على المالك لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وروى انه عليه الصلاة والسلام قال من وجد عين ماله فهو أحق به وروى انه عليه الصلاة والسلام رد رداء صفوان رضى الله عنه عليه وقطع السارق فيه وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق رجلا يبيع أو هبة أو صدقة أو تزوج امرأة عليه أو كان السارق امرأته فاختلعت من نفسها به وهو قائم في يد المالك فلصاحبه أن يأخذه لانه ملكه اذا السرقة لا توجب زوال الملك عن العين المسروقة فكان تملك السارق باطلا ويرجع المشتري على السارق بالثمن الذي اشتراه به لما مر فان كان قد هلك في يدى القابض وكان البيع قبل القطع أو بعده فلا ضمان لا على السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم وان أحدث السارق فيه حدثا لا يخلو اما أن أحدث حدثا أوجب التقصان واما ان أحدث حدثا أوجب الزيادة فان أحدث حدثا أوجب التقصان يقطع وتسترد العين على المالك وليس عليه ضمان التقصان لان تقصان المسروق هلاك بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد العين لان القطع لا يمنع الرد ألا ترى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان أحدث حدثا أوجب الزيادة فلا صل في هذا ان السارق اذا أحدث في المسروق حدثا لو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك ينقطع حق المسروق منه والا فلا الا أن في باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب أو قيمته وههنا لا يضمن السارق لما منع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول السارق اذا قطع الثوب المسروق وخاطه قيصبا انتقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لا تنقطع حق المغصوب منه كذا اذا فعله السارق ولا

ضمان على السارق لما يئنا ولو صبغه أحمر أو أصفر فكذلك لا سبيل للمالك على العين المسروقة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يأخذ المالك الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه (وجه) قولهما أنه لو وجد هذا من الغاصب خير المالك بين أن يضمن الغاصب قيمة الثوب وبين أن يأخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إلا أن التضمنين ههنا متعذر لضرورة القطع فتعين الوجه الآخر وهو أن يأخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إذا الغصب والسرقة لا يختلفان في هذا الباب إلا في الضمان ولا في حنيفة الفرق بين الغصب والسرقة ههنا وهو أن حق المنصوب منه أن لا ينقطع عن الثوب بالصبغ لأن أصل الثوب ملكه وهو متقوم وللغاصب فيه حق متقوم أيضاً إلا أنا أثبتنا الخيار للمالك لا للغاصب لأن المالك صاحب أصل والغاصب صاحب وصف وههنا حق السارق في الصبغ متقوم وحق المالك في أصل الثوب ليس متقوم في حق السارق لأجل القطع ألا ترى أنه لو أُلغى السارق لاضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك في الأصل تبعاً لحقه في الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له جانا ولكن لا يحل له أن ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه كذا قال أبو حنيفة رحمه الله لأن الثوب على ملك المسروق منه إلا أنه تعذر رده وتضمينه في الحكم والقضاء فإلم يملكه السارق لا يحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محذور من غير بدل لتعذر إيجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به ويجوز أن يصير مال إنسان في يد غيره على وجه يخرج من أن يكون واجب الرد والضمان اليه من طريق الحكم والقضاء لكن لا يحل له الانتفاع به فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى كالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فآخذ شيئاً من أموالهم لا يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله جل جلاله وكذلك الباغي إذا أُلغى مال العادل ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان ويفتي به فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وكذلك الحربي إذا أُلغى شيئاً من ماله ثم أسلم لا يحكم عليه بالرد ويفتي بذلك فيما بينه وبين الله جل جلالته وعظمته وكذلك السارق إذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان ولكن يفتي به فيما بينه وبين الله تعالى وكذا قاطع الطريق إذا قتل إنساناً بعضاً ثم جاء تائباً بطل عنه الحد ويؤمر بإداء الدية إلى ولي القتيل ولو قتل حربي مسلماً بعضاً ثم أسلم لا يفتي بدفع الدية إلى الولي بخلاف الباغي وقاطع الطريق والفرق أن القتل من الحربي لم يقع سبباً لوجوب الضمان لأن عصمة المقتول لم تظهر في حقه فلا يجب بالسلام لأنه يجب ما قبله وقال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف بخلاف قاطع الطريق لأن فعله وقع سبباً لوجوب الضمان إلا أنه لا يحكم بالضمان لما منع وهو ضرورة إقامة الحد إلا أن الحد إذا لم يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر أثر المانع في الحكم والقضاء لا في الفتوى وكذا فعل الباغي وقع سبباً لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لما منع وهو عدم الفائدة لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضاء فكان الوجوب ثابتاً عند الله سبحانه وتعالى فيقضى به وعلى هذا يخرج ما إذا سرق نقرة فضة فضر بها ذراهم أنه يقطع والدرهم ترد على صاحبها في قول أبي حنيفة وعندهما ينقطع حق المالك عن الدراهم بناء على أن هذا الصنع لا يقطع حق المالك في باب الغصب عنده وعندهما ينقطع ولو سرق حديداً أو صفراً أو نحاساً أو ما أشبه ذلك فضر بها أو أواني ينظر إن كان بعد الصنعة والضرب تباع وزناً فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وإن كان تباع عدداً فيقطع حق المالك بالاجماع كما في الغصب وعلى هذا إذا سرق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وسند كرجلة ذلك في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

﴿كتاب قطاع الطريق﴾

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في كتاب السرقة وذلك في أربعة مواضع في بيان ركن قطع الطريق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي وفي بيان حكم قطع الطريق

﴿فصل﴾ أما ركنه فهو الخروج على المارة لا خذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور وينقطع الطريق سواء كان القطع من جماعة أو من واحد بعد أن يكون له قوة القطع وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا

والجحر والخشب ونحوها لان انقطاع الطريق يحصل بكل من ذلك وسواء كان بمباشرة الكل او التسبب من البعض
بالاعانة والاخذ لان القطع يحصل بالكل كما في السرقة ولان هذا من عادة القطع أعني المباشرة من البعض والاعانة
من البعض بالتسمير للدفع فلم يلحق التسبب بالمباشرة في سبب وجوب الحد لادى ذلك الى انفتاح باب قطع الطريق
وانسداد حكمه وأنه قبيح ولهذا الحق التسبب بالمباشرة في السرقة كذا ههنا

فصل ١٠ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى القاطع خاصة وبعضها يرجع الى المقطوع عليه خاصة وبعضها
يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقطوع له وبعضها يرجع الى المقطوع فيه (أما) الذي يرجع الى القاطع خاصة
فانواع (منها) أن يكون عاقلا (ومنها) أن يكون بالغافان كان صبييا أو مجنوناً فلا حد عليهما لان الحد عقوبة فيستدعي
جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية ولهذا لم يتعلق به القطع في السرقة كذا هذا ولو كان في القطع صبي
أو مجنون فلا حد على أحد في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي هو الذي يلى القطع فكذلك وان كان
غيره حد العقلاء البالغين وقد ذكرنا المسئلة في كتاب السرقة (ومنها) الذكورة في ظاهر الرواية حتى لو كانت في القطع
امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال لا يقام الحد عليها في الرواية المشهورة وذكر الطحاوي رحمه الله وقال
النساء والرجال في قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى بتمام الحد عليها وعلى الرجال (وجهه) ما ذكره الطحاوي
أن هذا حد يستوى في وجوبه الذكورة والانثى كسائر الحدود ولان الحدان كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه
الذكورة والانوثة كسائر الحدود فلا يشترط في وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان هو القتل فكذلك كحد الزنا
وهو الرجم اذا كانت محصنة (وجهه) الرواية المشهورة أن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة
لا يتحقق من النساء عادة لارقة قلوبهن وضعف بنيتهم فلا يكن من اهل الحراب ولهذا لا يقتلن في دار الحرب بخلاف
السرقة لانها أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الاعين والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا أسباب سائر الحدود
تتحقق من النساء كما تتحقق من الرجال (وأما) الرجال الذين معهم فلا يقام عليهم الحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما
الله سواء باشر وامعها أو لم باشروا فرق أبو يوسف بين الصبي وبين المرأة حيث قال اذا باشر الصبي لا حد على من لم
يباشر من العقلاء البالغين واذا باشرت المرأة تحد الرجال (وجهه) الترقى له أن امتناع الوجوب على المرأة ليس
لعدم الاهلية لانها من اهل التكليف ألا ترى أنه يتعلق سائر الحدود بفعلها بل لعدم المحاربة منها أو نقصانها عادة وهذا
لم يوجد في الرجال فلا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم أهلية الوجوب لانه ليس من اهل
الاجاب عليه ولهذا لم يجب عليه سائر الحدود فاذا انتفى الوجوب عليه وهو أصل امتناع التبع ضرورة (وجهه) قولهما
أن سبب الوجوب شيء واحد وهو قطع الطريق وقد حصل بمن يجب عليه ومن لا يجب عليه فلا يجب أصلا كما اذا
كان فيهم صبي أو مجنون والله سبحانه وتعالى (وأما) الحرية فليست بشرط لعموم قوله تبارك وتعالى انما جزاء
الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا الآية من غير فصل بين الحر والعبد ولان الركن وهو قطع
الطريق يتحقق من العبد حسب تحققه من الحر فيلزمه حكمه كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا والله تعالى أعلم

فصل ١١ وأما الذي يرجع الى المقطوع عليه خاصة فنوعان أحدهما أن يكون مسلما أو ذميا فان كان حربيا
مستأمنا لا حد على القاطع لان مال الحربى المستأمن ليس بمعصوم مطلق بل في عصمته شبهة العدم لانه من اهل دار
الحرب وانما العصمة بعارض الامان مؤقتة الى غاية العود الى دار الحرب فكان في عصمته شبهة الاباحة فلا يتعلق
الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف الذمى لان عقد الذمة أفاد له عصمة ماله على التأبيد فتعلق الحد بأخذه
كما يتعلق بسرقة ماله والثاني أن تكون يده صحيحة بأن كانت يده ملك أو بدانة أو يدهمان فان لم تكن صحيحة كيد
السارق لا حد على القاطع كما لا حد على السارق على ما مر في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

فصل ١٢ وأما الذي يرجع اليهما جميعا فواحد وهو أن لا يكون في القطع ذورحم محرم من أحد من المقطوع عليهم

فان كان لا يجب الحد لان بينهما تبسطا في المال والحرز لوجود الاذن بالتناول عادة فقد أخذ ما لا يحزره عنه الحرز المبنى في الحضرة ولا السلطان الجاري في السفر فاوثر ذلك شبهة في الاجاب لاتحاد السبب وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول جواب الكتاب محمول على ما اذا كان المأخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع من هو ذو رحم محرم من أحدهم فاما اذا كان لكل واحد منهم مال مفروز يجب الحد على الباقي وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقطوع له فما ذكر في كتاب السرقة وهو أن يكون المأخوذ ما لا متقوماً معصوماً ليس فيه لاحد حق الاخذ ولا تأويل التناول ولا تهمة التناول مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تأويل الملك ولا شبهة الملك محرزاً مطلقاً بالحافظ ليس فيه شبهة العدم نصاباً كاملاً عشرة دراهم أو مقدر أبها حتى لو كان المال المأخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة لاحد عليهم وقد ذكرنا دلائل هذه الشرائط والمسائل التي تخرج عليها في كتاب السرقة وشرط الحسن بن زياد في نصاب قطع الطريق أن يكون عشرين درهما فصاعداً وقال عيسى بن زياد ان قتلوا قتلوا وان كان مأخذاً كل واحد منهم أقل من عشرة (وجه) قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بعشرة والواجب فيها قطع طرف الواحد وهما يقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون (وجه) قول عيسى رحمه الله انا أجمعنا على أنهم لو قتلوا ولم يأخذوا المال أصلاً قتلوا فاذا أخذوا شيئاً من المال وان قل أولى أن يقتلوا (ولنا) الفرق بين النوعين وهو أنهم لما قتلوا ولم يأخذوا المال أصلاً علم أن مقصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة في نفسها فيجوزى بعقوبة متكاملة وهي القتل ولما أخذوا المال وقتلوا دل أن مقصودهم المال وانما قتلوا ليتكفروا من أخذ المال وأخذ المال لا يتكامل جناية الا اذا كان المأخوذ نصاباً كما في السرقة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقطوع فيه وهو المكان فنوعان أحدهما ان يكون قطع الطريق في دار الاسلام فان كان في دار الحرب لا يجب الحد لان المتولى لاقامة الحد هو الامام وليس له ولاية في دار الحرب فلا يقدر على الاقامة فالسبب حين وجوده لم ينقد سبباً للوجوب لعدم الولاية فلا يستوفيه في دار الاسلام ولهذا لا يستوفي سائر الحدود في دار الاسلام اذا وجد أسبابها في دار الحرب كذا هذا والثاني أن يكون في غير مصر فان كان في مصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهراً أو ليلاً وسواء كان بسلاح أو غيره وهذا استحسان وهو قولهما والقياس ان يجب وهو قول أبي يوسف (وجه) القياس أن سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع الطريق فيجب الحد كما لو كان في غير مصر (وجه) الاستحسان أن القطع لا ينحصل بدون الإقطاع والطريق لا ينقطع في الامصار وفيما بين القرى لان المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل انما أجاب أبو حنيفة عليه الرحمة على ما شاهدته في زمانه لان أهل الامصار كانوا يحملون السلاح فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجوز عليهم الحد وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجري عليه الحد لان الغوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لا اتصاله بالمصر والآن صار ملتحقاً بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق والثالث أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر فان كان أقل من ذلك لم يكونوا قطع الطريق وهذا على قولهما فاما على قول أبي يوسف فليس بشرط ويكونون قطع الطريق والوجه ما بينا فيجب الحد وروى عن أبي يوسف في قطع الطريق في المصر ان قاتلوا نهراً بسلاح يقيم عليهم الحد وان خرجوا بخشب لم يقيم عليهم لان السلاح لا يلبث فلا يلحق الغوث والخشب يلبث فالغوث يلحق وان قاتلوا ليلاً بسلاح أو بخشب يقيم عليهم الحد لان الغوث قلما يلحق بالليل فيستوى فيه السلاح وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أشهر على رجل سلاحاً نهراً أو ليلاً في غير مصر أو في مصر فقتله المشهور عليه عمد أفلا شئ عليه وكذلك ان شهر عليه عصا ليلاً في غير مصر أو في مصر وان كان نهراً في مصر فقتله المشهور عليه يقتل به والاصل في هذا ان من قصد قتل

انسان لا ينهدر دمه وان كان ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لانه من ضرورات الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ألا ترى انه لو استعانت الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه وكذا اذا اشهر عليه العصا ليلا لان الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان في المفازة أو في المصر وان اشهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان في المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره الا بالقتل فيباح له القتل وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه لو قصد قتله بما لوقته به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله لا يجب عليه القصاص لانه يباح قتله اذ لو لم يباح لقتله القاصد واذا قتله يقتل به قصاصا فكان فيه اتلاف نفسين فاذا أبيع قتله كان فيه اتلاف أحدهما فكان أهون ولو قصد قتله بما لوقته به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله أن يقتل القاصد فان قتله يجب عليه القصاص لانه ليس في ترك الا باحة ههنا اتلاف نفس فلا يباح فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوم الدم على الا بد فيجب القصاص والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي فالذي يظهر به البيئة أو الاقرار عقيب خصومة تحيجه ولا يظهر بعلم القاضي على ما ذكرنا في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

(فصل) وأما حكم قطع الطريق فله حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال أما الذي يتعلق بالنفس فهو وجوب الحد والكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان أصل هذا الحكم وفي بيان صفاته وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيمه وفي بيان ما يسقطه بعد الوجوب وفي بيان حكم السقوط بعد الوجوب او عدم الثبوت لما منع أما أصل الحكم الذي يتعلق بالنفس فلن يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف أنواعه فنقول والله التوفيق قطع الطريق أربعة أنواع اما ان يكون بأخذ المال لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير واما ان يكون بهما جميعا واما ان يكون بالتخويف من غير أخذ ولا قتل فن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال وقتل قال أبو حنيفة رضي الله عنه الامام بالخيار ان شاء قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه وان شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه وقيل ان تفسير الجمع بين القطع والقتل عند أبي حنيفة رحمه الله هو ان يقطعه الامام ولا يحسم موضع القطع بل يتركه حتى يموت وعندهما يقتل ولا يقطع ومن أخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا ينفي وقال مالك رحمه الله في قاطع الطريق مخير بين الجزية المذكورة والاصل فيه قوله عز وجل انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض احتج مالك رحمه الله بظاهر الآية وهو ان الله تبارك وتعالى ذكر الجزية فيها بحرف أو وانها للتخيير كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل بخلافها (ولنا) أنه لا يمكن اجراء الآية على ظاهر التخيير في مطلق الحارب لان الجزاء على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها هذا هو مقتضى العقل والسمع أيضا قال الله تبارك وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها فالتخيير في الجناية القاصرة بالجزاء في الجزاء الذي هو جزاء في الجناية الكاملة وفي الجناية الكاملة بالجزاء الذي هو جزاء في الجناية القاصرة خلاف المشروع بحقيقة ان الامة اجتمعت على ان تقطع لو أخذ والمال وقتلوا لا يجازون بالنفي وحده وان كان ظاهر الآية يقتضي التخيير بين الجزية الاربع دل أنه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على أن التخيير الوارد في الاحكام المختلفة من حيث الصورة بحرف التخيير انما يجري على ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد أما اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان الحكم لكل في نفسه كما في قوله تعالى قلنا اذا القرنين اما أن تعذب واما أن تتخذ فيهم حسنا ان ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان

الحكم لكل في نفسه لا اختلاف سبب الوجوب وتأويله إما أن تعذب من ظلم أو نتخذ الحسن فيمن آمن وعمل صالحاً ألا ترى إلى قوله أما من ظلم فسوق نعيه الآية وأما من آمن وعمل صالحاً فله جزاء الحسنى الآية وقطع الطريق متنوع في نفسه وإن كان متحداً من حيث الذات قد يكون بأخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لا غير وقد يكون بالجمع بين الأمرين وقد يكون بالتخويف لا غير فكان سبب الوجوب مختلفاً فلا يحمل على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع أو يحتمل هذا ويحتمل ما ذكرتم فلا يكون حجة مع الاحتمال وإذا لم يمكن صرف الآية الشريفة إلى ظاهر التخيير في مطلق المحارب فإما أن يحمل على الترتيب ويضم في كل حكم مذكور نوع من أنواع قطع الطريق كأنه قال سبحانه وتعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أن أخذوا المال وقتلوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أن أخذوا المال لا غيراً أو ينفوا من الأرض أن أخافوا هكذا كرسيد ناجبريل عليه الصلاة والسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع أبو بردة رضي الله عنه بأصحابه الطريق على أناس جاؤا يريدون الإسلام أن من قتل قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل وأخذ المال صلب ومن جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان قبله من الشرك وإلى هذا التأويل يذهب عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وإبراهيم النخعي وأما أن يعمل بظاهر التخيير بين الجزية الثلاثة لكن في محارب خاص وهو الذي أخذ المال وقتل فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه أقرب من ظاهر الآية لأن الله تبارك وتعالى جمع بين القتل وقطع الطريق في الذكر بقوله تبارك وتعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً فالحاربة هي القتل والفساد في الأرض هو قطع الطريق فأوجب سبحانه وتعالى أحد الجزيتين من الفعلين بما ذكر وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة ما أضيف إليه الجزاء وهو ما ذكر سبحانه وتعالى من المحاربة والسعي في الأرض بالفساد فكان أقرب إلى ظاهر الآية إلى هذا التأويل يذهب الحسن وابن المسيب ومجاهد وغيرهم رضي الله عنهم ثم أبو يوسف وعمر بن محمد رحمهما الله أخذوا بالتأويل الأول وهو تأويل الترتيب في المحارب إذا أخذ المال وقيل أنه يقتل لا غير لأن سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما مر وحد قطع الطريق لم يعرف إلا بهذا النص ولأن أخذ المال والقتل جناية واحدة وهي جناية قطع الطريق فلا يقابل إلا بعقوبة واحدة والقتل والقطع عقوبتان على أنهما أن كانتا جنايتين يجب بكل واحدة منهما جزاء عند الأئمة إذا حقه الله تعالى لكنهما إذا اجتمعا دخل مادي النفس في النفس كالسارق إذا زنى وهو محصن وكن زنا وهو غير محصن ثم احصن فزنى أنه يرجم لا غير كذا ههنا ولأنه لا فائدة في إقامة القطع لأن ما هو المقصود من الحد وهو الزجر وما هو غير مقصود به وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع فلا يشرع وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالتأويل الثاني وهو التخيير بين الجزية الثلاثة في المحارب الذي جمع بين أخذ المال والقتل وهو أحق التأويلين للآية لما ذكرنا أن فيه عملاً بحقيقة حرف التخيير وبحقيقة ما أضيف إليه الجزاء وهو المحاربة والسعي في الأرض بالفساد فكان أقرب إلى ظاهر الآية وإنما عرفنا حكم أخذ المال وحده وحكم القتل وحده بهذه الآية الشريفة ولكن بحديث سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أو غيره أو بالاستدلال بحالة الاجتماع وهو أنه لما وجب الجمع بين الموجبين عند وجود القطعين يجب القبول بافراد كل واحد منهما عند الأفراد ويمكن أن يقال أنه يقول في تأويل الآية الكريمة بالترتيب فيوجب الصلب بظاهر الآية الشريفة والقطع بالاستدلال بحالة الأفراد أنه يجب على كل واحد منهما فعند الاجتماع يجب أن يجمع إلا أن في بعض المواضع قام دليل استقاطح الأخف ولم يقيم ههنا بل قام دليل الوجوب لأن مبنى هذا الباب على التعليل ألا ترى أنه يجمع بين قطع اليد والرجل في أخذ المال ولا يجمع بينهما في أخذ المال في المصر وكذلك يصلب في القتل وحده ههنا ولم يجب أن يصلب في غيره من القتل في المصر فكذلك إذا كان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين ههنا دون سائر المواضع والله سبحانه

وتعالى اعلم وأما كيفية الصلب فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصلب حياً ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخي وعن أبي عبيدانه يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوي رحمه الله لأن الصلب حياً من باب المثلة وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن المثلة والصحيح هو الأول لأن الصلب في هذا الباب شرع لزيادة العقوبة تغليظاً والميت ليس من أهل العقوبة ولأنه لو جاز أن يقال بصلب بعد الموت لجاز أن يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلة في الحديث قطع بعض الجوارح كذا قاله محمد رحمه الله وقيل إذا صلبه الإمام تركه ثلاثة أيام عبدة للخلق ثم يخلى بينه وبين أهله لأنه بعد الثلاث يتغير فيتضرر به الناس وأما النفي في قوله تبارك وتعالى أو ينقوا من الأرض فقد اختلف أهل التأويل فيه قال بعضهم المراد منه وينقوا من الأرض بخذف الالف ومعناه وينقوا من الأرض بالقتل والصلب إذا هو النفي من وجه الأرض حقيقة وهذا على قول من تأول الآية الشريفة في الحارب الذي أخذ المال وقيل إن الإمام يكون مخيراً بين الجزية الثلاث والنفي من الأرض ليس غير واحد من هذه الثلاث في التخيير لأن بالقتل والصلب يحصل النفي فكذلك يجوز أن يجعل النفي مشاركالاً الجزية الثلاث في التخيير لأنه لا يزاحم القتل لأنه دونه بكثير وقيل فيه أن يطرد حتى يخرج من دار الإسلام وهو قول الحسن وعن إبراهيم النخعي رحمه الله في رواية أن نفيه طلبه وبه قال الشافعي رحمه الله أنه يطلب في كل بلد والقول أن لا يصح أن لأنه إن طلب في البلد الذي قطع الطريق ونفي عنه فقد أتى ضرره إلى بلد آخر وإن طلب من كل بلد من بلاد الإسلام ونفي عنه يدخل دار الحرب وفيه تعرض له على الكفر وجعله حرباً بالنا وهذا لا يجوز وعن النخعي رحمه الله في رواية أخرى أنه يحبس حتى يحدث توبة وفيه نفي عن وجه الأرض مع قيام الحياة إلا عن الموضع الذي حبس فيه ومثل هذا في عرف الناس يسمى نفي عن وجه الأرض وخروجاً عن الدنيا كما انشد لبعض المحبوسين

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتي

إذا جاءنا السجن يوم الحاجة * عجبتنا وقتلنا جاء هذا من الدنيا

﴿فصل ١٠﴾ وأما صفات هذا الحكم فنوع منها أنه ينفي وجوب ضمان المال والجراحات عمداً كانت الجراحة أَوْ خطأً أما المال فلأنه لا يجمع بين الحد والضمان عندنا وأما الجراحات إذا كانت خطأً فلأنها توجب الضمان وإن كانت عمداً فلأن الجنائية فيما دون النفس يسلك بهامسك الأموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات وقد ذكرنا ما يتعلق من المسائل بهذا الأصل في كتاب السرقة ومنها أن يجري فيها التداخل حتى لو قطع قطعت فرقع في بعضها فقطعت يده ورجله فيما رفع فيه كان ذلك للقطعات كلها كما في السرقة إلا أن ثمة التداخل لا احتمال عدم الفائدة مع بقاء محل القطع وهو الرجل اليسرى وههنا التداخل لعدم الحل والكلام في الضمان فيما لم يخاصم فيه ما هو الكلام في السرقة أنه إذا كان المال قائماً برده وإن كان هالكاً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا في كتاب السرقة ومنها أنه لا يحتمل العفو والاستقاط والبراء والصلح عنه فكل ماوجب على قاطع الطريق من قتل أو قطع أو صلب يستوفي منه سواء عفا الأولياء أو أرباب الأموال عن ذلك أو لم يعفوا أو سواء أبرؤا منه أو صالحوا عليه وليس للإمام أيضاً إذا ثبت ذلك عنده تركه واستقاطه والعفو عنه لأن الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى فلا يعمل فيها العبد ولا صلحه ولا البراء عنها

﴿فصل ١١﴾ وأما محل إقامة هذا الحكم فنقول محل إقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فإن كان الحكم هو القتل بان قتل أو أخذ المال وقتل أو الحبس بان لم يأخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف لا غير فمحل إقامته النفس وإن كان الحكم هو القطع بان أخذ المال لا غير فمحل إقامته اليد اليمنى والرجل اليسرى لقوله تبارك وتعالى أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ويعتبر في ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ما ذكرنا في كتاب السرقة وكذلك حكم فعل الحد إذا قطع اليد اليسرى مكان اليمنى متعمداً أو مخطئاً وحكم فعل الأجنبي إذا قطع اليد اليسرى خطأً أو عمداً ههنا

مثل الحكم في السرقة وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب السرقة وكذا محل القطع من اليد اليمنى هو المفصل كما في السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام أو من ولاه الامام الاقامة ليس الى الاولياء ولا الى أرباب الاموال شيء بل يقيمه الامام طالب الاولياء وأرباب الاموال بالاقامة أو لم يطالبوا وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله المولى عليك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام والكلام في هذا الفصل على الاستقصاء ذكرناه في كتاب الحدود

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالمسقط له بعد الوجوب أشياء ذكرناها في كتاب السرقة (منها) تكذيب المقتطوع عليه القاطع في اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق (ومنها) رجوع القاطع عن اقراره بقطع الطريق (ومنها) تكذيب المقتطوع عليه البيعة (ومنها) ملك القاطع المقتطوع له وهو المال قبل الترافع أو بعده على التفصيل على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب السرقة (ومنها) توبة القاطع قبل أن يقدر عليه لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم أي رجعوا عما فعلوا فندموا على ذلك وعزموا على أن لا يفعلوا مثله في المستقبل فدلّت هذه الآية الشريفة على أن قاطع الطريق اذا تاب قبل ان يظفر به يسقط عنه الحد ونحوه برب المال على صاحبه ان كان أخذ المال لا غير مع العزم على أن لا يفعل مثله في المستقبل ويسقط عنه القطع أصلاً ويسقط عنه القتل حداً وكذلك ان أخذ المال وقتل حتى لم يكن للامام ان يقتله ولكن يدفعه الى أولياء القتيل ليقتلوه قصاصاً ان كان القتل بسلاح على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله في المستقبل وهو ان يأتي الامام عن طوع واختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب السارق قبل ان يظفر به ورد المال الى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود انما لا تسقط بالتوبة والفرق ان الحصومة بشرط في السرقة الصغرى والكبرى لان محل الجناية خالص حق العباد والحصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى صاحبه لم يبق له حق الحصومة مع السارق بخلاف سائر الحدود فان الحصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من اقامة الحدود وفي حد القذف ان كانت شرطاً لكنها لا تبطل بالتوبة لان بطلانها برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه كتب اليه عامله بالبصرة ان حارثة ابن زيد حارب الله ورسوله وسعى في الارض فساداً فكتب اليه سيدنا علي رضي الله عنه ان حارثة قد تاب قبل ان تقدر عليه فلا تتعرض له الا بخير هذا اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه فاما اذا تاب بعدما قدر عليه بان أخذ ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان التوبة عن السرقة اذا أخذ المال برد المال على صاحبه وبعدها لاخذ لا يكون رد المال بل يكون استرداداً منه جبراً فلا يسقط الحد واذا لم يأخذ المال فهو بعد الاخذ منهم في اظهار التوبة فلا تتحقق توبته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لما منع فتقول وبالله التوفيق اذا سقط الحد بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان كانوا أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه ان كان قائماً وان كان هالكا أو مستهلاً كافعلهم الضمان وان كانوا قتلوا الا غير يدفع من قتل منهم بسلاح الى الاولياء ليقتلوه أو يعفوا عنه ومن قتل بعضاً أو حجر فعلى عاقلته الدية لورثة المقتول وان كانوا أخذوا المال وقتلوا فحكم أخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الافراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة قبل القدرة صار حكم القتل وأخذ المال وهلاكه واستهلاكه ما هو حكمهما في غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا أخذوا المال وجرحوا أو أخذوا المال وقتلوا وجرحوا قوماً أو جرحوا قوماً ولم يكن منهم أخذ ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرناه الجراحات فيها القصاص فيما يقدر

فيه على القصاص والارش فيما لا يقدر عليه لان عند سقوط الحد صار كان الجراحة حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك كان حكمه ما ذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر عليهم قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا أخذ مال وقد أخفوا قوما بجراحات يجب القصاص فيما استطاع فيه الاقتصاص والدية فيما لا يستطيع فيودعون السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيراً لا حداً أو التعزير لا تدخل فيه الجراحة بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا أو أخذوا المال أو جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد فدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن الاقرار يصح في حق سقوط الحد ولا يصح في حق ضمان المال والقصاص فبقى اقراره معتبراً في حقهما (وأما) اذا كان السقوط بتكذيب المجنة من الاقرار أو البينة لا شيء عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت أصلاً ورأساً بخلاف الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المقر حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع في حق الحد درأ للحد بالشبهة فبقى معتبراً في حق ضمان المال والقصاص فهو الفرق وعلى هذا حكم عدم الوجوب لما منع بان فات شرط من شرائط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان المأخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم انهم يردونه ان كان قائماً وضمنون ان كان هالكا أو مستهلكا ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصاً أو حجر فعلى عاقلته الدية ومن جرح يقتص منه فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها في غير قطاع الطريق ما قلنا وكذلك اذا كان في الحار بين صبي أو مجنون حتى امتنع وجوب الحد يدفع كل بالغ عاقل قتل منهم بسلاح الى الاولياء فيقتلون أو يعفون وان كان الذي ولى القتل منهم صبي أو مجنون فعلى عاقلته الدية وان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من أهل وجوب القصاص عليهما فكان عمدهما خطأ وان كانا أخذ المال ضمنا لانهما من أهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد على القطاع لمعنى من المعاني رجعوا في ذلك الى حكم غير القطاع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحكم الذي يتعلق بالمال فهو وجوب الردان كان قائماً بعينه ولصاحبه ان يأخذه أينما وجدته سواء وجدته في يد المحارب أو في يد من ملكه المحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ولو تغير المال الى الزيادة أو النقصان فقد ذكرنا حكمه في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿كتاب السير﴾

وقد يسمى كتاب الجهاد والكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى السير والجهاد لغة وشرعا وفي بيان كيفية الجهاد وفي بيان من يفترض عليه الجهاد وفي بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد وفي بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حال شهود الواقعة وفي بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل وفي بيان من يجوز تركه ممن لا يحل قتله في دار الحرب ومن لا يجوز وفي بيان ما يكره حملته الى دار الحرب وما لا يكره وفي بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال وفي بيان حكم الغنائم وما يتصل بها وفي بيان حكم استيلاء الكفرة على أموال المسلمين وفي بيان أحكام تختلف باختلاف الدارين وفي بيان أحكام المرتدين وفي بيان أحكام الغزاة (أما) الاول فالسير جمع سيرة والسيرة في اللغة تستعمل في معنيين أحدهما الطريقة يقال هما على سيرة واحدة أى طريقة واحدة والثاني الهيئة قال الله سبحانه وتعالى سنعيدها سيرتها الاولى أى هيأتها فاحتمل تسمية هذا الكتاب كتاب السير لما فيه من بيان طرق الغزاة وهيأتهم ثم ملهم وعليهم وأما الجهاد في اللغة فعبارة عن بذل الجهد بالضم وهو الوسع والطاقة أو عن المبالغة في العمل من الجهد بالفتح وفي عرف الشرع يستعمل في بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية فرضية الجهاد فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين إما أن كان النفي عاماً (وأما) أن لم يكن فإن لم يكن النفي عاماً فهو فرض كفاية ومعناه أن يفترض على جميع من هو من أهل الجهاد لكن إذا قام به البعض سقطت عن الباقي لقوله عز وجل فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدة درجة وكلا وعد الله الحسنى وعد الله عز وجل المجاهدين والقاعدتين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين في الأحوال كلها وعد القاعدتين الحسنى لأن القعود يكون حراماً وقوله سبحانه وتعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين الآية ولأن ما فرض له الجهاد وهو الدعوة إلى الإسلام وإعلاء الدين الحق ودفع شر الكفرة وقهرهم بحصول بقيام البعض به وكذا النبي عليه الصلاة والسلام كان يبعث السرايا ولو كان فرض عين في الأحوال كلها لكان لا يتوهم منه القعود عنه في حال ولا إذن غيره بالتخلف عنه بحال وإذا كان فرضاً على الكفاية فلا ينبغي للامام أن يخلي نفر من الثغور من جماعة من الغزاة فيهم غناً وكفاية لقتال العدو فإذا قاموا به يسقط عن الباقي وإن ضعف أهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا إليهم وإن يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرناه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد لكن الفرض يسقط عنهم بحصول الكفاية بالبعض فلم يحصل لا يسقط ولا يباح للعبد أن يخرج إلا بذن مولاه ولا المرأة إلا بذن زوجها لأن خدمة المولى والقيام بحقوق الزوجية كل ذلك فرض عين فكان مقدماً على فرض الكفاية وكذا الولد لا يخرج إلا بذن والديه أو أحدهما إذا كان الآخر ميتاً لأن بر الوالد فرض عين فكان مقدماً على فرض الكفاية والأصل أن كل سفر لا يؤمن فيه الهلاك ويستد فيه الخطر لا يحل للولد أن يخرج إليه بغير إذن والديه لأنهم ما يشفقان على ولدهما فيتضرران بذلك وكل سفر لا يشتد فيه الخطر يحل له أن يخرج إليه بغير إذنهما إذا لم يضيعهما لانهما لا نعدام الضرر ومن مشايخنا من رخص في سفر التعلم بغير إذنهما لأنهما لا يتضرران بذلك بل ينتفعان به فلا يلحقه سمة العقوق هذا إذا لم يكن النفي عاماً فإما إذا علم النفي بانهم العدو على بلد فهو فرض عين يفترض على كل واحد من آحاد المسلمين ممن هو قادر عليه لقوله سبحانه وتعالى انفروا خفاً وثقالاً قيل نزلت في النفي وقوله سبحانه وتعالى ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله ولا يرغبوا بأنفسهم عن نفسه ولأن الوجوب على الكل قبل عموم النفي ثابت لأن السقوط عن الباقي بقيام البعض به فإذا علم النفي لا يتحقق القياس به إلا بالكل فبقى فرضاً على الكل عينا بمنزلة الصوم والصلاة فيخرج العبد بغير إذن مولاه والمرأة بغير إذن زوجها لأن منافع العبد والمرأة في حق العبادات المفروضة عينا مستثناة عن ملك المولى والزواج شرعاً كما في الصوم والصلاة وكذا يباح للولد أن يخرج بغير إذن والديه لأن حق الوالد لا يظهر في فرض الأعيان كالصوم والصلاة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه فنقول أنه لا يفترض إلا على القادر عليه فمن لا قدرة له لا جهاد عليه لأن الجهاد بذل الجهد وهو الوسع والطاقة بالقتال أو المبالغة في عمل القتال ومن لا وسع له كيف يبذل الوسع والعمل فلا يفرض على الأعمى والأعرج والزمن والمقعّد والشيخ الهرم والمريض والضعيف والذي لا يجدهما ينفق قال الله سبحانه وتعالى ليس على الأعمى حرج الآية وقال سبحانه وتعالى عز من قائل ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله فقد عذر الله جل شأنه هؤلاء بالتخلف عن الجهاد ورفع الحرج عنهم ولا جهاد على الصبي والمرأة لأن نيتهم لا تختمل الحرب عادة وعلى هذا الغزاة إذا جاءهم جمع من المشركين مالا طاقة لهم به وخافوهم فلا بأس لهم أن يتحازوا إلى بعض أمصار المسلمين أو إلى بعض جيوشهم والحكم في هذا الباب لغالب الرأي وأكبر الظن دون العدد فإن غلب على ظن الغزاة أنهم يقاتلونهم يلزمهم الثبات وإن كانوا أقل عدداً منهم وإن كان غالب ظنهم أنهم يغلبون فلا بأس أن يتحازوا إلى المسلمين ليستعينوا بهم وإن كانوا أكثر عدداً من الكفرة وكذا الواحد من الغزاة ليس معه سلاح مع اثنين منهم معهما سلاح أو مع واحد منهم من الكفرة ومعه

سلاح لا بأس أن يولى دبره متحيزاً الى فئة والاصل فيه قوله تبارك وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفاً لقتال أو متحيزاً الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير الله عز شأنه نهي المؤمنين عن تولية الدبار عما بقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا القيم الذين كفر واخذوا فلا تولوهم الدبار وأوعد عليهم بقوله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله الآية لان في الكلام تمديداً خيراً أمعناه والله سبحانه وتعالى أعلم يا أيها الذين آمنوا اذا القيم الذين كفر واخذوا فلا تولوهم الدبار ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله ثم استثنى سبحانه وتعالى من يولى دبره لجهة مخصوصة فقال عز من قائل الا متحرفاً لقتال أو متحيزاً الى فئة والاستثناء من الخطر اباحة فكان المحذور تولية مخصوصة وهي ان يولى دبره غير متحرف لقتال ولا متحيز الى فئة فبقيت التولية الى جهة التحرف والتحيز مستثناة من الخطر فلا تكون محظورة ونظير هذه الآية قوله سبحانه وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطنئن بالايان ولكن من شرح بالكفر صدر افعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم انه على التقديم والتأخير على ما نذكره في كتاب الا كراه ان شاء الله تعالى وبه نبين أن الآية الشريفة غير منسوخة وكذا قوله سبحانه وتعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وقوله وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفاً ليس بمنسوخ لان التولية للتحيز الى فئة خص فيها فلم تكن الا آيتين منسوختين والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل عليه قوله عليه الصلاة والسلام للذين فروا الى المدينة وهو فيها أتم الكرارون أنافئة كل مسلم أخبر عليه الصلاة والسلام ان المتحيز الى فئة كرار وليس بفرار من الزحف فلا يلحقه الوعيد وعلى هذا اذا كانت الغزاة في سفينة فاحترقت السفينة وخافوا الفرق حكموا فيه غالب رأيهم وأكبر ظنهم فان غلب على رأيهم انهم لو طرخوا أنفسهم في البحر لينجوا بالسباحة وجب عليهم الطرق ليسبحوا فيتحيزوا الى فئة وان استوى جانباً الحرق والفرق بان كان اذا قاموا حرقوا واذا طرخوا غرقوا فلم الخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لهم ان يطرخوا أنفسهم في الماء (وجه) قوله انهم لو ألقوا أنفسهم في الماء هلكوا ولو أقاموا في السفينة هلكوا أيضاً الا انهم لو طرخوا هلكوا بفعل أنفسهم ولو صبروا هلكوا بفعل العدو فكان الصبر أقرب الى الجهاد فكان أولى (وجه) قولهما انه استوى الجانبان في الافضاء الى الهلاك فيثبت لهم الخيار لجواز أن يكون الهلاك بالفرق أرفق قوله لو أقاموا هلكوا بفعل العدو وقتلوا ولو طرخوا هلكوا بفعل العدو أيضاً اذا العدو هو الذي ألجأهم اليه فكان الهلاك في الحالين مضافاً الى فعل العدو ثم قد يكون الهلاك بالفرق أسهل فيثبت لهم الخيار ولو طعن مسلم بمرح فلا بأس بان يمشى الى من طعنه من الكفرة حتى يجزئه لانه يقصد بالمشى اليه بذل نفسه لا عزاز دين الله سبحانه وتعالى وتحريض المؤمنين على ان لا ييخلوا بانفسهم في قتال أعداء الله سبحانه وتعالى فكان جائزاً والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد فنقول وبالله التوفيق انه يندب الى أشياء (منها) ان يؤمر عليهم أمير الان النبي عليه الصلاة والسلام ما بعث جيشاً الا وأمر عليهم أميراً ولا حاجة الى الامير ماسة لانه لا بد من تنفيذ الاحكام وسياسة الرعية ولا يقوم ذلك الا بالامير لتعذر الرجوع في كل حادثة الى الامام (ومنها) أن يكون الذي يؤمر عليهم عالماً بالحلال والحرام عدلاً عارفاً بوجوه السياسات بصيراً بتدابير الحروب وأسبابها لانه لو لم يكن بهذه الصفة لا يحصل ما ينصب له الامير (ومنها) ان يوصيه بتقوى الله عز شأنه في خاصة نفسه وبمن معه من المؤمنين خيراً كذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا بعث جيشاً أو صاه بتقوى الله سبحانه وتعالى في نفسه خاصة وبمن معه من المؤمنين خيراً ولان الامارة عظمة فلا يقوم بها الا المتقى واذا أمر عليهم يكلفهم طاعة الامير فيما أمرهم به وينهاهم عنه لقول الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وقال عليه الصلاة والسلام اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشي أجدهع ما حكم فيكم بكتاب الله تعالى ولانه نائب الامام وطاعة الامام لازمة كذا طاعته لانها طاعة الامام الا أن يأمرهم

بمعصية فلا تحوز طاعتهم اياه فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ولو أمرهم بشئ لا يدرون أين تقعون به أم لا فينبغي لهم ان يطيعوه فيه اذا لم يعلموا كونه معصية لان اباع الامام في محل الاجتهاد واجب كاتباع القضاة في مواضع الاجتهاد والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حالة الوقعة ولقاء العدو فنقول وبالله التوفيق ان الامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت الدعوة قد بلغتهم واما ان كانت لم تبلغهم فان كانت الدعوة لم تبلغهم فعليهم الافتتاح بالدعوة الى الاسلام باللسان لقول الله تبارك وتعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هي احسن ولا يجوز لهم القتال قبل الدعوة لان الايمان وان وجب عليهم قبل بلوغ الدعوة بمجرد العقل فاستحقوا القتل بالامتناع لكن الله تبارك وتعالى حرم قتالهم قبل بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وبلوغ الدعوة اياهم فضلا منه ومنه قطعاً لمعذرتهم بالسكينة وان كان لا عذر لهم في الحقيقة لما أقام سبحانه وتعالى من الدلائل العقلية التي لو تأملوها حق التأمل ونظر وافيهما عرفوا حق الله تبارك وتعالى عليهم لكن تفضل عليهم بارسال الرسل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين لئلا يبقى لهم شبهة عذر فيقولون ربنا لولا أرسلت الينا رسولا فنتبع آياتك وان لم يكن لهم ان يقولوا ذلك في الحقيقة لما بينا ولا ان القتال ما فوض لعينه بل للدعوة الى الاسلام والدعوة دعوتان دعوة بالبيان وهي القتال ودعوة بالبيان وهو اللسان وذلك بالتبليغ والثانية أهون من الاولى لان في القتال مخاطرة الروح والنفس والمال وليس في دعوة التبليغ شئ من ذلك فاذا احتمل حصول المقصود باهون الدعوتين لمزم الافتتاح بها هذا اذا كانت الدعوة لم تبلغهم فان كانت قد بلغتهم جاز لهم ان يفتتحوا القتال من غير تجديد الدعوة لما بينا ان الحجمة لازمة والعذر في الحقيقة منقطع وشبهة العذر انقطعت بالتبليغ مرة لكن مع هذا الافضل ان لا يفتتحوا القتال الا بعد تجديد الدعوة لرجاء الاجابة في الجملة وقدر وى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يقاتل الكفرة حتى يدعوهم الى الاسلام فيما كان دعاهم غير مرة دل ان الافتتاح بتجديد الدعوة افضل ثم اذا دعواهم الى الاسلام فان أسلموا كفوا عنهم القتال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماهم وأموالهم الا بحقها وقوله عليه الصلاة والسلام من قال لا اله الا الله فقد عصم مني دمه وماله فان أبوا الا جابة الى الاسلام يدعوهم الى الذمة الا مشركى العرب والمتردين لما نذره ان شاء الله تعالى بعد فان أجابوا كفوا عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام فان قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وان أبوا الاستعانة بالله سبحانه وتعالى على قتالهم ووثقوا بعهد الله سبحانه وتعالى النصر لهم بعد ان بذلوا جهدهم واستفروا وسعهم ووثبوا وأطاعوا الله سبحانه وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم وذكروا الله كثيرا على ما قال ببارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتشوا وتذهبوا بحكم واثبتوا وان الله مع الصابرين ولهم ان يقاتلوه وان لم يبدؤا بالدعوة لقول الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وسواء كان في الاشهر الحرم أو في غيرها لان حرمة القتال في الاشهر الحرم صارت منسوخة بآية السيف وغيرها من آيات القتال ولا بأس بالاغارة والبيات عليهم ولا بأس بقطع أشجارهم المثمرة وغير المثمرة وافساد زروعهم لقوله تبارك وتعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين اذن سبحانه وتعالى بقطع الخيل في صدر الالية الشريفة ونبه في آخرها ان ذلك يكون كبتاً وغيظاً للعدو بقوله تبارك وتعالى وليخزي الفاسقين ولا بأس باحراق حصونهم بالنار واغراقها بالماء وتخريبها وهدمها عليهم ونصب المنجنيق عليها لقوله تبارك وتعالى يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين ولان كل ذلك من باب القتال لما فيه من قهر العدو وكبتهم وغيظهم ولان حرمة الاموال حرمة أربابها ولا حرمة لا نفسهم حتى يقتلون فكيف لا مواهم ولا بأس برميهم بالنبال وان علموا ان فيهم مسلمين من الاسارى والتجار لما فيه من الضرورة اذ حصون الكفرة قلما تخلو من مسلم أسيراً وتاجر فاعتباره يؤدي الى انسداد باب

الجهاد ولكن يقصد ودن بذلك الكفرة دون المسلمين لانه لا ضرر ورة في القصد الى قتل مسلم بغير حق وكذا اذا تترسوا باطفال المسلمين فلا بأس بالرمي اليهم لضرورة اقامة الفرض لكنهم يقصدون الكفار دون الاطفال فان رموهم فاصاب مسلماً فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زيد رحمه الله نحب الدية والكفارة وهو اخذ قول الشافعي رحمه الله (وجه) قول الحسن ان دم المسلم معصوم فكان ينبغي ان يمنع من الرمي الا انه لم يمنع لضرورة اقامة الفرض فيقتدر بقدر الضرورة والضرورة في رفع المؤاخذه لا في نفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة انه رخص له التناول لكن يجب عليه الضمان لما ذكرنا كذلك ههنا (ولنا) انه كما مست الضرورة الى دفع المؤاخذه لا قامة فرض القتال مست الضرورة الى نفي الضمان أيضاً لان وجوب الضمان يمنع من اقامة الفرض لانهم يمتنعون منه خوفاً من لزوم الضمان وايجاب ما يمنع من اقامة الواجب متناقض وفرض القتال لم يسقط دل ان الضمان ساقط بخلاف حالة المخمصة لان وجوب الضمان هناك لا يمنع من التناول لانه لو لم يتناول لهلك وكذا حصل له مثل ما يجب عليه فلا يمنع من التناول فلا يؤدي الى التناقض ولا ينبغي للمسلمين ان يستعينوا بالكفار على قتال الكفار لانه لا يؤمن غدرهم اذ العداوة الدينية تحملهم عليه الا اذا اضطر وا اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل فنقول الحال لا يخلو اما ان يكون حال القتال أوحال ما بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاخذ والاسر اما حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة ولا صبي ولا شيخ فان ولا مقعد ولا يابس الشق ولا أعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى ولا معتوه ولا راهب في صومعة ولا سائح في الجبال لا يخالط الناس وقوم في دار أو كنيسة ترهبوا وطبق عليهم الباب اما المرأة والصبي فلقول النبي عليه الصلاة والسلام لا تقتلوا امرأة ولا وليداً وروى انه عليه الصلاة والسلام رأى في بعض غزواته امرأة مقتولة فانكر ذلك وقال عليه الصلاة والسلام هاهما أراهما قاتلت فلم تقتلت ونهى عن قتل النساء والصبيان ولان هؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون ولو قاتل واحد منهم قتل وكذا لو حرض على القتال أو دل على عورات المسلمين أو كان الكفرة ينتفعون برأيه أو كان مطاعاً وان كان امرأة أو صغيراً الوجود القتال من حيث المعنى وقد روى ان ربيعة بن ربيع السلمي رضى الله عنه أدرك دريد بن الصمة يوم حنين فقتله وهو شيخ كبير كالقفصة لا ينتفع الا برأيه فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه والا صل فيه ان كل من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل وكل من لم يكن من أهل القتال لا يحل قتله الا اذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأى والطاعة والتحرير وأشباه ذلك على ما ذكرنا فيقتل القيس والسياح الذي يخالط الناس والذي يحن ويقيق والاصم والاخرس وأقطع اليد اليسرى وأقطع احدى الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من أهل القتال ولو قتل واحد من ذكرنا انه لا يحل قتله فلا شيء فيه من دية ولا كفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم يوجد واما حال ما بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاسر والاخذ فكل من لا يحل قتله في حال القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال وكل من يحل قتله في حال القتال اذا قاتل حقيقة أو معنى يباح قتله بعد الاخذ والاسر الا الصبي والمعتوه الذي لا يعقل فانه يباح قتلهما في حال القتال اذا قاتلا حقيقة ومعنى ولا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال اذا أسرا وان قتلا جماعة من المسلمين في القتال لان القتل بعد الاسر بطريق العقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة فاما القتل في حالة القتال فلدفع شر القتال وقد وجد الشر منهما فابيح قتلهما لدفع الشر وقد انعدم الشر بالاسر فكان القتل بعده بطريق العقوبة وهما ليسا من أهلها والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للمسلم ان يبتدىء أباه الكافر الحر بى بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفاً أمر سبحانه وتعالى بمصاحبة الابوين الكافرين بالمعروف والابتداء بالقتل ليس من المصاحبة بالمعروف وروى ان حنظلة رضى الله عنه غسيل الملائكة عليهم الصلاة والسلام استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه فنهاه عليه الصلاة والسلام ولان الشرع أمر باحيائه بالنفقة عليه فالامر بالقتل فيه افناءه يكون متناقضاً فان قصد الاب قتله يدفعه عن

نفسه وان أتى ذلك على نفسه ولا يكره ذلك لانه من ضرورات الدفع ولكن لا يقصد بالدفع القتل لانه لا ضرورة الى القصد والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يسع تركه في دار الحرب ممن لا يحل قتله ومن لا يسع فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما اذا كان الغزاة قادرين على عمل هؤلاء واخراجهم الى دار الاسلام واما ان لم يقدر واعليه فان قدر واعلى ذلك فان كان المتروك ممن يولد له ولد لا يجوز تركهم في دار الحرب لان في تركهم في دار الحرب عوناً لهم على المسلمين باللقاح وان كان ممن لا يولد له ولد لا يجوز تركهم في دار الحرب لان في تركهم في دار الحرب عوناً لهم على المسلمين باللقاح وان كان ممن لا يولد له ولد كالشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ولا لقاح فان كان ذا رأي ومشورة فلا يباح تركه في دار الحرب لما فيه من المصرة بالمسلمين لانهم يستعينون على المسلمين برأيه وان لم يكن له رأي فان شأوا تركوه فانه لا مصرة عليهم في تركه وان شأوا أخرجه لثأرة المفاداة على قول من يرى مفاداة الأسير بالأسير وعلى قول من لا يرى لا يخرجونهم لما فيه لا فائدة في اخراجهم وكذلك العجوز التي لا يرجى ولدها وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا حضوراً لا يلحقون وان لم يقدر المسلمون على حمل على هؤلاء ونقلهم الى دار الاسلام لا يحل قتلهم ويتركون في دار الحرب لان الشرع نهى عن قتلهم ولا قدرة على قتلهم فيتركون ضرورة واما الحيوان والسلاح اذا لم يقدروا على الاخراج الى دار الاسلام اما الحيوان فيذبح ثم يحرق بالنار لئلا يمكنهم الانتفاع به واما السلاح فما يمكن احرقه بالنار يحرق وما لا يحتمل الا حرق كالحديد ونحوه فيدفن بالتراب لئلا يجدوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره فنقول ليس للتاجر ان يحمل الى دار الحرب ما يستعين به أهل الحرب على الحرب من الاسلحة والخيول والرقيق من أهل الذمة وكل ما يستعان به في الحرب لان فيه امدادهم واعانتهم على حرب المسلمين قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فلا يمكن من الحمل وكذا الحربي اذا دخل دار الاسلام لا يمكن من ان يشتري السلاح ولو اشترى لا يمكن من ان يدخله دار الحرب لما قلنا الا اذا كان داخل دار الاسلام بسلاح فاستبدله فينظر في ذلك ان كان الذي استبدله خلاف جنس سلاحه بان استبدل القوس بالسيف ونحو ذلك لا يمكن من ذلك أصلاً وان كان من جنس سلاحه فان كان مثله أو أورد آمنه يمكن منه وان كان أجود منه لا يمكن منه لما قلنا ولا بأس بحمل الثياب والمتاع والطعام ونحو ذلك اليهم لانعدام معنى الامداد والاعانة وعلى ذلك جرت العادة من تجار الأعصار انهم يدخلون دار الحرب للتجارة من غير ظهور الرد والانكار عليهم الا ان الترك أفضل لانهم يستخفون بالمسلمين ويدعونهم الى ما هم عليه فكان الكف والامساك عن الدخول من باب صيانة النفس عن الهوان والدين عن الزوال فكان أولى واما المسافرة بالقرآن العظيم الى دار الحرب فينظر في ذلك ان كان العسكر عظيمًا مأموناً عليه لا بأس بذلك لانهم يحتاجون الى قراءة القرآن واذا كان العسكر عظيمًا يقع الامن عن الوقوع في أيد الكفرة والاستخفاف به وان لم يكن مأموناً عليه كالسرية يكره المسافرة به لما فيه من خوف الوقوع في أيديهم والاستخفاف به فكان الدخول به في دار الحرب تعريضاً للاستخفاف بالمصحف الكريم وما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى ان يسافر بالقرآن العظيم الى أرض العدو ومحمول على المسافرة في هذه الحالة وكذلك حكم اخراج النساء مع أنفسهن الى دار الحرب على هذا التفصيل ان كان ذلك في جيش عظيم مأمون عليه غير مكره لانهم يحتاجون الى الطبخ والغسل ونحو ذلك وان كانت سرية لا يؤمن عليها يكره اخراجهن لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال فنقول ولا قوة الا بالله العلي العظيم الاسباب المعترضة المحرمة للقتال أنواع ثلاثة الايمان والامان والالتجاء الى الحرم اما الايمان فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ما يحكم به بكون الشخص مؤمناً والثاني في بيان حكم الايمان اما الاول فنقول الطرق التي يحكم بها بكون الشخص مؤمناً ثلاثة نص ودلالة وتبعية اما النص فهو ان يأتي بالشهادة أو بالشهادتين أو يأتي بهما مع التبري مما هو عليه صريحاً وبيان هذه الجملة ان الكفرة أصناف أربعة صنف منهم ينكرون الصانع أصلاً وهم الدهرية المعطلة وصنف منهم

يقرون بالصانع وينكرون توحيدهم وهم الوثنية والجوس وصنف منهم يقرن بالصانع وتوحيدهم وينكرون الرسالة
 رأساً وهم قوم من الفلاسفة وصنف منهم يقرن بالصانع وتوحيدهم والرسالة في الجملة لكنهم ينكرون رسالة نبينا
 محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وهم اليهود والنصارى فان كان من الصنف الاول والثاني فقال لا اله الا الله يحكم
 باسلامه لان هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلاً فاذا أقر وابها كان ذلك دليل إيمانهم وكذلك اذا قال أشهدان محمد
 رسول الله لانهم يمتنعون من كل واحدة من كلمتي الشهادة فكان الاتيان بواحد منهما أياً كان دلالة الإيمان
 وان كان من الصنف الثالث فقال لا اله الا الله لا يحكم باسلامه لان منكر الرسالة لا يمتنع عن هذه
 المقالة ولو قال أشهد أن محمد رسول الله يحكم باسلامه لانه يمتنع عن هذه الشهادة فكان لاقرار به دليل الإيمان وان
 كان من الصنف الرابع فأتى بالشهادتين فقال لا اله الا الله محمد رسول الله لا يحكم باسلامه حتى يتبرأ من الدين الذي
 عليه من اليهودية أو النصرانية لان من هؤلاء من يقر: رسالة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه يقول انه بعث الى
 العرب خاصة دون غيرهم فلا يكون اتياناً بالشهادتين بدون التبري دليل على إيمانه وكذا اذا قال يهودى أو نصرانى
 أنا مؤمن أو مسلم أو قال آمنت أو أسلمت لا يحكم باسلامه لانهم يدعون انهم مؤمنون ومسلمون والإيمان والاسلام
 هو الذى هم عليه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال اذا قال اليهودى أو النصرانى أنا مسلم أو قال أسلمت
 سئل عن ذلك أى شئ أردت به ان قال أردت به ترك اليهودية أو النصرانية والدخول في دين الاسلام يحكم باسلامه
 حتى لو رجع عن ذلك كان مرتداً وان قال أردت بقولى أسلمت انى على الحق ولم أرد بذلك الرجوع عن دينى لم يحكم
 باسلامه ولو قال يهودى أو نصرانى أشهد أن لا اله الا الله وأتبرأ عن اليهودية أو النصرانية لا يحكم باسلامه لانهم
 لا يمتنعون عن كلمة التوحيد والتبري عن اليهودية والنصرانية لا يكون دليل الدخول في دين الاسلام لاحتمال أنه
 تبرأ عن ذلك ودخل في دين آخر سوى دين الاسلام فلا يصلح التبري دليل الإيمان مع الاحتمال ولو أقر مع ذلك
 فقال دخلت في دين الاسلام أو في دين محمد صلى الله عليه وسلم حكم بالاسلام زوال الاحتمال بهذه القرينة والله
 سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يحكم به بكونه مؤمناً من طريق الدلالة فبحسب كتابى أو واحد من أهل
 الشرك في جماعة ويحكم باسلامه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يحكم باسلامه ولو صلى وحده لا يحكم باسلامه
 (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن الصلاة لو صليحت دلالة الإيمان لما افرق الحال فيها بين حال الافراد وبين حال
 الاجتماع ولو صلى وحده لم يحكم باسلامه فعلى ذلك اذا صلى جماعة (ولنا) أن الصلاة بالجماعة على هذه الهيئة التى
 نصليها اليوم لم تكن في شرائع من قبلنا فكانت مختصة بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فكانت دلالة على
 الدخول في دين الاسلام بخلاف ما اذا صلى وحده لان الصلاة وحده غير مختصة بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم
 أنه اذا صلى وحده مستقبل القبلة يحكم باسلامه لان الصلاة مستقبل القبلة دليل الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام
 من شهد جنازتنا وصلّى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا بالله بالإيمان وعلى هذا الخلاف اذا أذن في مسجد جماعة
 يحكم باسلامه عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله تعالى لنا أن الاذان من شعائر الاسلام فكان الاتيان به دليل قبول
 الاسلام ولو قرأ القرآن أو تلقنه لا يحكم باسلامه لاحتمال أنه فعل ذلك ليعلم ما فيه من غير أن يعتقد حقيقة اذ لا كل
 من يعلم شيئاً يؤمن به كالمعاندين من الكفرة ولو حج هل يحكم باسلامه قالوا ينظر في ذلك أن تهيأ للإحرام ولبي وشهد
 المناسك مع المسلمين يحكم باسلامه لان عبادة الحج على هذه الهيئة المخصوصة لم تكن في الشرائع المتقدمة فكانت
 مختصة بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وان لم يشهد المناسك أو شهد المناسك ولم يلب
 لا يحكم باسلامه لانه لا يصير عبادة في شريعتنا الا بالاداء على هذه الهيئة والاداء على هذه الهيئة لا يكون دليل الاسلام
 ولو شهد شاهدان انهما رأياه يصلى سنة وما قالاً رأياه يصلى في جماعة وهو يقول صليت صلواتى لا يحكم باسلامه لانهم
 يصلون أيضاً فلا تكون الصلاة المطلقة دلالة الاسلام ولو شهد أحدهما وقال رأيت يصلى في المسجد الاظم وشهد

الآخر وقال رأيت يصلي في مسجد كذا وهو منكرا لا تقبل ولكن يجبر على الاسلام لان الشاهدين اتفقا على وجود الصلاة منه بجماعة في المسجد لكنهما اختلفا في المسجد وذا يوجب اختلاف المكان لان نفس الفعل وهو الصلاة فقد اجتمع شاهدان على فعل واحد حقيقة لكن تعتبر شهادتهما في الجبر على الاسلام لان القتل لان فعل الصلاة وان كان متحدا حقيقة فهو مختلف صورة لا اختلاف محل الفعل فاورث شبهة في القتل والله سبحانه وتعالى اعلم وأما الحكم بالاسلام من طريق التبعية فان الصبي يحكم باسلامه تبعا لأبويه عقل أو لم يعقل ما لم يسلم بنفسه اذا عقل ويحكم باسلامه تبعا للدار أيضا والجملة فيه ان الصبي يتبع أبويه في الاسلام والكفر ولا عبرة بالدار مع وجود الابوين أو أحدهما لانه لا بد له من دين تجري عليه أحكامه والصبي لا يهتم لذلك اما لعدم عقله واما القصور فلا بد وان يجعل تبعا لغيره وجعله تبعا للابوين أولى لانه تولد منهما وانما الدار منشأ وعند انعدامهما في الدار التي فيها الصبي تنتقل التبعية الى الدار لان الدار تستتبع الصبي في الاسلام في الجملة كاللقيط فاذا أسلم أحد الابوين فالولد يتبع المسلم لانهما استويا في جهة التبعية وهي التولد والنفرة فيرجح المسلم بالاسلام لانه يعلو ولا يعلى عليه ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان الكتابي الى أحكام الاسلام أقرب فكان الاسلام منه أرجى وبيان هذه الجملة اذا سبي الصبي وأخرج الى دار الاسلام فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان سبي مع أبويه واما ان سبي مع أحدهما واما ان سبي وحده فان سبي مع أبويه فسادام في دار الحرب فهو على دين أبويه حتى لو مات لا يصلي عليه وهذا ظاهر وكذا اذا سبي مع أحدهما وكذلك اذا خرج الى دار الاسلام ومعه أبواه أو أحدهما ما بينا فان مات الابوان بعد ذلك فهو على دينهما حتى يسلم بنفسه ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبعية وان أخرج الى دار الاسلام وليس معه أحد هما فهو مسلم لان التبعية انتقلت الى الدار على ما بينا ولو أسلم أحد الابوين في دار الحرب فهو مسلم تبعا له لان الولد يتبع خير الابوين ديننا ما بينا وكذا اذا أسلم أحد الابوين في دار الاسلام ثم سبي الصبي بعده وأدخل في دار الاسلام فهو مسلم تبعا له لانه جمعهم ادا واحدة لان تبعية الدار لا تقتصر مع أحد الابوين لما ذكرنا فاما قبل الادخال في دار الاسلام فلا يكون مسلما لانهما في دارين مختلفين واختلاف الدار يمنع التبعية في الاحكام الشرعية والله سبحانه وتعالى اعلم ثم انما تعتبر تبعية الابوين والدار اذا لم يسلم بنفسه وهو يعقل الاسلام فاما اذا أسلم وهو يعقل الاسلام فلا تعتبر التبعية ويصبح اسلامه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يصح واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام أن الصبي مرفوع القلم والفقهاء مستنبط منه وهو أن الصبي لو صح اسلامه اما أن يصح فرضا واما ان يصح نفلا ومعلوم أن التنفل بالاسلام محال والقرضية بخطاب الشرع والقلم عنه مرفوع ولان صحة الاسلام من الاحكام الضارة فانه سبب لحرمان الميراث والنفقة ووقوع الفرق بين الزوجين والصبي ليس من أهل التصرفات الضارة ولهذا لم يصح طلاقه وعتاقه ولم يجب عليه الصوم والصلاة فلا يصح اسلامه (ولنا) انه آمن بالله سبحانه وتعالى عن غيب فيصبح ايمانه كالبالغ وهذا لان الايمان عبارة عن التصديق لغة وشرعا وهو تصديق الله سبحانه وتعالى في جميع ما أنزل على رسله أو تصديق رسله في جميع ما جاءوا به عن الله تبارك وتعالى وقد وجد ذلك منه لوجود دليله وهو اقرار العاقل وخصوصا عن طوع فترتب عليه الاحكام لانها مبنية على وجود الايمان حقيقة قال الله تبارك وتعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وقال عليه الصلاة والسلام لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن وقوله انه مرفوع القلم قلنا نعم في الفروع الشرعية فاما في الاصول العقلية فممنوع وجوب الايمان من الاحكام العقلية فيجب على كل عاقل والحديث يحمل على الاحكام الشرعية توفيقا بين الدلائل وبه نقول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما أحكام الايمان فنقول والله سبحانه وتعالى الموفق للايمان حكام أحدهما يرجع الى الآخرة والثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فكينونة المؤمن من أهل الجنة اذا ختم عليه قال الله تعالى من جاء بالحسنة فله

خير منها وأما الذي يرجع الى الدنيا فعصمة النفس والمال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها الا أن عصمة النفس تثبت بمصودة وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس اذا النفس أصل في التخلق والمال خلق بذله للنفس استبقاء لها فمما تثبتت عصمة النفس تثبتت عصمة المال تبعاً الا اذا وجد القاطع للتبعية على ما ذكره في هذا اذا أسلم أهل بلدة من أهل دار الحرب قبل أن يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم ولا سبي ولا حد على أموالهم على ما قلنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أسلم على مال فهو له ولو أسلم حربى في دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم عمداً أو خطأ فلا شئ عليه الا الكفارة وعند أبي يوسف عليه الدية في الخطأ وعند الشافعى رحمه الله عليه الدية مع الكفارة في الخطأ والقصاص في العمد واحتج بالعمومات الواردة في باب القصاص والدية من غير فصل بين مؤمن قتل في دار الاسلام أو في دار الحرب (ولنا) قوله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبته مؤمنه أو جب سبحانه وتعالى الكفارة وجعلها كل موجب قتل المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا لأنه جعله جزاء والجزاء ينبى عن الكفاية فاقضى وقوع الكفاية بها عما سواها من القصاص والدية جميعاً ولأن القصاص لم يشرع الا لحكمة الحياة قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة والحاجة الى الاحياء عند قصد القتل لعداوة حاملة عليه ولا يكون ذلك الا عند المخالطة ولو لم توجد ههنا وعلى هذا اذا أسلم ولم يهاجر اليها حتى ظهر المسلمون على الدار فلا كان في يده من المقتول فهو له ولا يكون فيا الا عبداً يقتل فإنه يكون فياً لأن نفسه استفادت العصمة بالاسلام وماله الذي في يده تابع له من كل وجه فكان معصوماً تبعاً لعصمة النفس الا عبداً يقتل لأنه اذا قاتل فقد خرج من يد المولى فلم يبق تبعاً له فانقطعت العصمة لا نقطاع التبعية فيكون محلاً للتملك بالاستيلاء وكذلك ما كان في يده مسلم أو ذمى ودية له فهو له ولا يكون فياً لأن يد المودع يده من وجهه من حيث انه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما في يده معصوماً فلا يكون محلاً للتملك وأما ما كان في يد حربى ودية فيكون فياً عند أبي حنيفة وعندهما يكون له لأن يد المودع يده فكان معصوماً والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه من حيث انه يحفظ له تكون يده فيكون تبعاً له فيكون معصوماً ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوماً لأن نفس الحربى غير معصومة فوقع الشك في العصمة فلا تثبت العصمة مع الشك وكذا عقاره يكون فياً عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هو والمنقول سواء والصحيح قولهما لأنه من حيث انه يتصرف فيه بحسب مشيئته يكون في يده فيكون تبعاً له من حيث انه محصن محفوظ بنفسه ليس في يده فلا يكون تبعاً له فلا تثبت العصمة مع الشك وأما أولاده الصغار فاحرار مسلمون تبعاً له وأولاده الكبار وامر أنه يكونون فياً لأنهم في حكم أنفسهم لانعدام التبعية وأما الولد الذي في البطن فهو مسلم تبعاً لبيه ورقيق تبعاً لأمه وفيه اشكال وهو ان هذا انشاء الرق على المسلم وأنه ممنوع والجواب ان الممتنع انشاء الرق على من هو مسلم حقيقة لا على من له حكم الوجود والاسلام شرعاً هذا اذا أسلم ولم يهاجر اليها فظهر المسلمون على الدار فلو أسلم وهاجر اليها ثم ظهر المسلمون على الدار ما كان في يده مسلم أو ذمى ودية فهو له ولا يكون فياً لما ذكرنا وما سوى ذلك فهو في علمنا ذكرنا أيضاً وقيل ما كان في يد حربى ودية فهو على الخلاف الذي ذكرنا وأما أولاده الصغار فيحكم باسلامهم تبعاً لآبائهم ولا يسترقون لأن الاسلام يمنع انشاء الرق الا رقائبت حكما بان كان الولد في بطن الأم وأولاده الكبار فيء لانهم في حكم أنفسهم فلا يكونون مسلمين باسلام آبيهم وكذلك زوجته والولد الذي في البطن يكون مسلماً تبعاً لآبائه ورقيقاً تبعاً لأمه ولودخل الحربى دار الاسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار والكبار وامر أنه وما في بطنها في علمنا مسلم في دار الحرب حتى خرج اليها لم تثبت العصمة لماله لانعدام عصمة النفس فبعد ذلك وان صارت معصومة لكن بعد تبين الدارين وأنه يمنع ثبوت التبعية ولودخل مسلم أو ذمى دار الحرب فاصاب هناك ماله ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه وحكم الذي

أسلم من أهل الحرب ولم يهاجر إلينا سواء والله عز وجل أعلم. وأما الأمان فتقول الأمان في الأصل نوعان أمان مؤقت وأمان مؤبد أما المؤقت فنوعان أيضا أحدهما الأمان المعروف وهو أن يحاصر الغزاة مدينة أو حصن من حصون الكفرة فيستأمنهم الكفار فيؤمنوهم والكلام فيه في مواضع في بيان ركن الأمان وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الأمان وفي بيان صفته وفي بيان ما يبطل به الأمان فإما ركنه فهو اللفظ الدال على الأمان نحو قول المقاتل أمنتكم أو أنتم آمنون أو أعطيتكم الأمان وما يجري هذا المجرى وأما شرائط الركن فأنواع منها أن يكون في حال يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة لأن القتال فرض والأمان يتضمن محرم القتال فيناقض إلا إذا كان في حال ضعف المسلمين وقوة الكفرة لأنه إذا ذلك يكون قتالا معنى لوقوعه وسيله إلى الاستعداد للقتال فلا يؤدي إلى التناقض ومنها العقل فلا يجوز أمان الحنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرف ومنها البلوغ وسلامة العقل عن الآفة عند عامة العلماء وعند محمد رحمه الله ليس بشرط حتى أن الصبي المراهق الذي يعقل الإسلام والبالغ المختلط العقل إذا أمن لا يصح عند العامة وعند محمد يصح (وجه) قوله أن أهلية الأمان مبنية على أهلية الإيمان والصبي الذي يعقل الإسلام من أهل الإيمان فيكون من أهل الأمان كالبالغ (ولما) أن الصبي ليس من أهل حكم الأمان فلا يكون من أهل الأمان وهذا لأن حكم الأمان حرمة القتال وخطاب التحريم لا يتناولونه ولا من شرط صحة الأمان أن يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة وهذه حالة خفية لا يوقف عليها إلا بالتأمل والنظر ولا يوجد ذلك من الصبي لا شغاله باللغو واللعب ومنها الإسلام فلا يصح أمان الكافر وإن كان يقاتل مع المسلمين لأنه ممتهم في حق المسلمين فلا تؤمن خيانتته ولأنه إذا كان متهما فلا بد من أن يبرأ منه على مراعاة مصلحة المسلمين من التفرق عن حال القوة والضعف أم لا فيقع الشك في وجود شرط الصحة فلا يصح مع الشك وأما الحرية فليست بشرط لصحة الأمان فيصح أمان العبد المأذون في القتال بالاجماع وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله لا يصح وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) قوله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم والذمة العهد والأمان نوع عهد والعبد المسلم أدنى المسلمين فيتناولونه الحديث ولأن حجر المولى يعمل في التصرفات الضارة دون النافعة بل هو في التصرفات النافعة غير محجور كقبول الهبة والصدقة ولا مضرة للمولى في أمان العبد بتعطيل منافعه عليه لأنه يتأدى في زمان قليل بل له ولسائر المسلمين فيه منفعة فلا يظهر انحجازه عنه فاشبه المأذون بالقتال (وجه) قوله ما إن الأصل في الأمان أن لا يجوز لأن القتال فرض والأمان يحرم القتال إذا وقع في حال يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة لوقوعه وسيله إلى الاستعداد للقتال في هذه الحالة فيكون قتالا معنى إذا الوسيلة إلى الشيء حكمها حكم ذلك الشيء وهذه حالة لا تعرف إلا بالتأمل والنظر في حال المسلمين في قوتهم وضعفهم والعبد المحجور لا شغاله بخدمة المولى لا يقف عليهما فكان أمانه تركا للقتال المفروض ضرورة ومعنى فلا يجوز فهذا فارق المأذون لأن المأذون بالقتال يقف على هذه الحالة فيقع أمانه وسيله إلى القتال فكان إقامة للفرض معنى فهو الفرق (وأما) الحديث فلا يتناول المحجور لأن الأدنى إما أن يكون من الدناءة وهي الخساسة وإما أن يكون من الدنو وهو القرب والاول ليس بمراد لأن الحديث يتناول المسلمين بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ولا خساسة مع الإسلام والثاني لا يتناول المحجور لأنه لا يكون في صف القتال فلا يكون أقرب إلى الكفرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذكورة ليست بشرط فيصح أمان المرأة لأنها بما معها من العقل لا تعجز عن الوقوف على حال القوة والضعف وقد روى أن سيدتنا زينب بنت النبي المكرم عليه الصلاة والسلام أمنت زوجها أبا العاص رضي الله عنه وأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانها وكذلك السلامة عن العمى والزمانة والمرض ليست بشرط فيصح أمان الأعمى والزمن والمرضى لأن الأصل في صحة الأمان صدوره عن رأي ونظر في الأحوال الخفية من الضعف والقوة وهذه

العوارض لا تقبل فيه ولا يجوز أمان التاجر في دار الحرب والاسير فيها والحربي الذي أسلم هناك لأن هؤلاء لا يقفون على حال الغزاة من القوة والضعف فلا يعرفون للأمان مصلحة ولا نفع منهم متهمون في حق الغزاة لكونهم مقهورين في أيدي الكفرة وكذلك الجماعة ليست بشرط. فيصبح أمان الواحد لقوله عليه الصلاة والسلام ويسعى بذمتهم أدناهم ولأن الوقوف على حالة القوة والضعف لا يقف على رأي الجماعة فيصح من الواحد وسواء أمن جماعة كثيرة أو قليلة أو أهل مصر أو قرية فذلك جائز وأما حكم الأمان فهو ثبوت الأمان للكفرة لأن لفظ الأمان يدل عليه وهو قوله أمنت فثبت الأمان لهم عن القتل والسبي والاستغنام فيحرم على المسلمين قتل رجالهم وسبي نساءهم وذراريهم واستغنام أموالهم وأما صفة فهو أنه عقد غير لازم حتى لو رأى الإمام المصلحة في النقض ينتقض لأن جوازه مع أنه يتضمن ترك القتال المقروض كان للمصلحة فإذا صارت المصلحة في النقض نقض وأما بيان ما ينتقض به الأمان فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين أما أن كان الأمان مطلقاً وأما أن كان مؤقتاً إلى وقت معلوم فإن كان مطلقاً فانتقاضه يكون بطريقين أحدهما نقض الإمام فإذا نقض الإمام انتقض لكن ينبغي أن يخبرهم بالنقض ثم يقاتلهم لئلا يكون منهم غدر في العهد والثاني أن يجيء أهل الحصن بالأمان إلى الإمام فينقض وإذا جاءوا الإمام بالأمان ينبغي أن يدعوهم إلى الإسلام فإن أبوا فإلى الذمة فإن أبوا ردوهم إلى ما منهم ثم قاتلهم احترازاً عن الغدر فإن أبوا الإسلام والجزية وأبوا أن يلحقوا بمنهم فإن الإمام يؤجلهم على ما يرى فإن رجعوا إلى ما منهم في أجل المضروب والا صاروا ذمة لا يمكنون بعد ذلك أن يرجعوا إلى ما منهم لأن مقامهم بعد الأجل المضروب التزام الذمة دلالة وإن كان الأمان مؤقتاً إلى وقت معلوم ينتهي بمضي الوقت من غير الحاجة إلى النقض ولهم أن يقاتلوه إذا دخل واحد منهم دار الإسلام فمضى الوقت وهو فيه فهو آمن حتى يرجع إلى ما منه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا حاصر الغزاة مدينة أو حصناً من حصون الكفرة فجاءوا فاستأمنوهم فاما إذا استزلوهم عن الحكم فهذا على وجهين (أما) أن استزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى وأما أن استزلوهم على حكم العباد بالانزال على حكم رجل فإن استزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى جاز أنزالهم عليه عند أبي يوسف واختياراً إلى الإمام أن شاء قتل مقاتلتهم وسبي نساءهم وذراريهم وإن شاء سبي الكل وإن شاء جعلهم ذمة وعند محمد لا يجوز الانزال على حكم الله تعالى فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم ولكنهم يدعون إلى الإسلام فإن أبوا جعلوا ذمة واحتج محمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في وصايا الأمراء عند بعث الجيش وإذا حاصرت مدينة أو حصناً فإن أرادوا أن نزلوهم على حكم الله عز وجل فإنكم لا تدرؤن ما حكم الله تعالى فيهم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانزال على حكم الله تعالى ونهى عليه الصلاة والسلام على المعنى وهو أن حكم الله سبحانه وتعالى غير معلوم فكان الانزال على حكم الله تعالى من الإمام قضاء بالجهول وأنه لا يصح وإذا لم يصح الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فيدعون إلى الإسلام فإن أجابوا فهم أحرار مسلمون لا سبيل على أنفسهم وأموالهم وإن أبوا لا يقتلهم الإمام ولا يسترقهم ولكن يجعلهم ذمة فإن طلبوا من الإمام أن يبلغهم ما منهم لم يجبه إليهم لأنه لو ردوهم إلى ما منهم لصاروا حراً بالنار (وجه) قول أبي يوسف أن الانزال على حكم الله عز وجل هو الانزال على الحكم المشروع للمسلمين في حق الكفرة والقتل والسبي وعقد الذمة كل ذلك حكم مشروع في حقهم فجاز الانزال عليه قوله أن ذلك مجهول لا يدري المنزل عليه أي حكم هو قلنا نعم لكن يمكن الوصول إليه والعلم به لوجود سبب العلم وهو الاختيار وهذا لا يكفي لجواز الانزال عليه كما قلنا في الكفارات أن الواجب أحد الأشياء الثلاثة وذلك غير معلوم ثم لم يمنع ذلك وقوع تعلق التكليف به لوجود سبب العلم به وهو اختيار الكفر المكلف كذا هذا يدل عليه أنه يجوز الانزال على حكم العباد بالاجماع والانزال على حكم العباد انزال على حكم الله تعالى حقيقة إذ العبد لا يملك إنشاء الحكم من نفسه قال الله تعالى ولا يشرك في حكمه أحد أو قال تبارك وتعالى إن الحكم إلا لله ولكنه يظهر حكم الله عز وجل المشروع في الحادثة ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه لقد حكمت

بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة (وأما) الحديث فيحتمل أنه مصروف الى زمان جواز ورود النسخ وهو حال حياة النبي عليه الصلاة والسلام لا نعدام استقرار الاحكام الشرعية في حياته عليه الصلاة والسلام لئلا يكون الانزال على الحكم المنسوخ عسى لا حتمال النسخ فيما بين ذلك وقد انعدم هذا المعنى بعد وفاته عليه الصلاة والسلام لخروج الاحكام عن احتمال النسخ بوفاته صلى الله عليه وسلم واذا جاز الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى عند أبي يوسف فالخيار فيه الى الامام فأيما كان أفضل للمسلمين من القتل والسبي والذمة فعل لان كل ذلك حكم الله سبحانه وتعالى المشروع للمسلمين في حق الكفرة فان أسلموا قبل الاختيار فهم أحرار مسلمون لا سبيل لاحد عليهم وعلى أموالهم والارض لهم وهي عشرية وكذلك اذا جعلهم ذمة فهم أحرار ويضع على أراضهم الخراج فان أسلموا قبل توظيف الخراج صارت عشرية هذا اذا كان الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فاما اذا كان على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان استنزلوهم على حكم رجل معين بان قالوا على حكم فلان لرجل سموه (وأما) ان استنزلوهم على حكم رجل غير معين فان كان الاستنزال على حكم رجل معين فنزلوا على حكمه فحكم عابهم بشئ مما ذكرنا وهو رجل عاقل مسلم عدل غير محدود في قذف جاز بالاجماع لما روى أن بنى قريظة لما حاصرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم خمساً وعشرين ليلة استنزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم سعد أن تقتل رجالهم وتقسيم أموالهم وتسبي نساؤهم وذرائعهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة فقد استصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه حيث أخبر عليه الصلاة والسلام أن ما حكم به حكم الله سبحانه وتعالى لان حكم الله سبحانه وتعالى لا يكون الا صواباً وليس للحاكم أن يحكم بردهم الى دار الحرب فان حكم فهو باطل لانه حكم غير مشروع لما بيننا لانهم بالرد يصيرون حربيين لنا وان كان الحاكم عبداً أو صبيلاً لم يحز حكمه بالاجماع وان كان فاسقاً أو محدوداً في القذف لم يحز حكمه عند أبي يوسف وعند محمد يجوز (وجهه) قول محمد رحمه الله أن الفاسق يصلح قاضياً في صلح حكماً بالطريق الاولى (وجهه) قول أبي يوسف أن المحدود في القذف لا يصلح حكماً لانه ليس من أهل الولاية ولهذا لم يصلح قاضياً وكذا الفاسق لا يصلح حكماً وان صلح قاضياً لكنه لا يلزم قضاؤه ولهذا الورفعت قضية الى قاض آخر ان شاء أمضاه وان شاء رده وان كان ذمياً جاز حكمه في الكفرة لانه من أهل الشهادة على جنسه وان نزلوا على حكم رجل يختارونه فاختراروا رجلاً فان كان موضعاً للحكم جاز حكمه وان كان غير موضع للحكم لا يقبل منهم حتى يختاروا رجلاً موضعاً للحكم فان لم يختاروا أو بلغهم الامام مأمنهم لان النزول كان على شرط وهو حكم رجل يختارونه فاذا لم يختاروا فقد بقوا في يد الامام بالامان فيردهم الى مأمنهم الا أنه لا يردهم الى حصن هو حصن من الاول ولا الى حد يمنعون به لان الرد الى المأمن للتخرج عن توهم العذر وانه يحصل بالرد الى ما كانوا عليه فلا ضرورة في الرد الى غيره وان نزلوا على حكم رجل غير معين فلا امام أن يعين رجلاً صالحاً للحكم فيهم أو يحكم للمسلمين بنفسه بما هو أفضل لهم والله سبحانه وتعالى أعلم والثاني الموادة وهي المعاهدة والصلح على ترك القتال يقال توادع القرى يقال أي تعاهد على أن لا يغزو كل واحد منهما صاحبه والكلام في الموادة في مواضع في بيان ركنها وشرطها وحكمها وصفتها وما ينتقض به أماركنها فلو لفظة الموادة أو المصالحة أو المعاهدة أو ما يؤدي معنى هذه العبارات وشرطها الضرورة وهي ضرورة استعداد القتال بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة المجاوزة الى قوم آخرين فلا تجوز عند عدم الضرورة لان الموادة ترك القتال المقروض فلا يجوز الا في حال يقع وسيلة الى القتال لانها حينئذ تكون قتلاً معنى قال الله تبارك وتعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وأتم الاعلون والله معكم وعند تحقق الضرورة لا بأس به لقول الله تبارك وتعالى وان جنحو اليه فانح لها وتوكل على الله وقدر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وادع أهل مكة عام الحديبية على أن توضع الحرب عشر سنين ولا يشترط اذن الامام بالموادة حتى لو وادعهم الامام أو فر يق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لان المعول عليه كون عقد الموادة مصلحة

للمسلمين وقد وجدوا بأس بأن يأخذ المسلمون على ذلك جعلاً لأن ذلك في معنى الجزية ويوضع موضع الخراج في بيت المال ولا بأس أن يطلب المسلمون الصلح من الكفرة ويعطوا على ذلك ما لا إذا اضطرروا إليه لقوله سبحانه وتعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها أباح سبحانه وتعالى لنا الصلح مطلقاً فيجوز ببدل أو غير بدل ولأن الصلح على مال لدفع شر الكفرة للحال والاستعداد للقتال في الثاني من باب المجاهدة بالمال والنفس فيكون جائزاً أو تجوز موادة المرتدين إذا غلبوا على دار من دور الاسلام وخيف منهم ولم تؤمن غائلتهم لما فيه من مصلحة دفع الشر للحال ورجاء رجوعهم الى الاسلام وتوابعهم ولا يؤخذ منهم على ذلك مال لأن ذلك في معنى الجزية ولا يجوز أخذ الجزية من المرتدين فإن أخذ منهم شيئاً لا يردلانه مال غير معصوم ألا ترى أن أموالهم محل للاستيلاء كأموال أهل الحرب وكذلك البغاة تجوز موادعتهم لأنه لما جازت موادة الكفرة فلا تجوز موادة المسلمين أولى ولكن لا يؤخذ منهم على ذلك مال لأن المال المأخوذ على ترك القتال يكون في معنى الجزية ولا تؤخذ الجزية إلا من كافر (وأما) حكم الموادة فما هو حكم الامان المعروف وهو أن يأمن الموادة على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذرائعهم لأنهم عقد أمان أيضاً ولو خرج قوم من الموادة إلى بلدة أخرى ليست بينهم وبين المسلمين موادة فغزا المسلمون تلك البلدة فهو لاء آمنون لا سبيل لأحد عليهم لأن عقد الموادة أفاد الامان لهم فلا ينتقض بالخروج إلى موضع آخر كما في الامان المؤبد وهو عقد الذمة أنه لا يبطل بدخول الذي دار الحرب كذا هذا وكذلك لو دخل في دار الموادة رجل من غير دراهم بامان ثم خرج إلى دار الاسلام بغير أمان فهو آمن لأنه لما دخل دار الموادة عين بامانهم صار كواحد من جملتهم فلو عاد إلى داره ثم دخل دار الاسلام بغير أمان كافياً لأننا أن نقتله ونأسره لأنه لما رجع إلى داره فقد خرج من أن يكون من أهل دار الموادة فبطل حكم الموادة في حقه فاذا دخل دار الاسلام فهذا حربي دخل دار الاسلام ابتداء بغير أمان ولو أسروا أحد أمن الموادة عين أهل دار أخرى فعزى المسلمون على تلك الدار كان فياً وقد ذكرنا أنه لو دخل اليهم تاجر أو فهو آمن (ووجه) الفرق أنه لما أسرق قد انقطع حكم دار الموادة في حقه وإذا دخل تاجر أو لم ينقطع والله تعالى أعلم (وأما) صفة عقد الموادة فهو أنه عقد غير لازم محتمل للنقض فلا مام أن ينبذ اليهم لقوله سبحانه وتعالى وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء فإذا وصل النبذ إلى ملكهم فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لأن الملك يبلغ قومه ظاهر إلا إذا استيقن المسلمون أن خبر النبذ لم يبلغ قومه ولم يعلموا به فلا أحب أن يغزوا عليهم لأن الخبر إذا لم يبلغهم فهم على حكم الامان الاول فكان قتالهم مناغداً وتغزيراً وكذلك إذا كان النبذ من جهتهم بأن أرسلوا النصارى سولاً بالنبذ وأخبروا الامام بذلك فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لما قلنا إلا إذا استيقن المسلمون أن أهل ناحية منهم لم يعلموا بذلك لما بينا ولو وادع الامام على جعل أخذه منهم ثم بدله أن ينقض فلا بأس به لما بينا أنه عقد غير لازم فكان محتملاً للنقض ولكن يبعث اليهم بحصة ما بقي من المدة من الجمل الذي أخذه لانهم إنما أعطوه ذلك بمقابلة الامان في كل المدة فاذا فات بعضها لم يرد بقدر الفائت هذا اذا وقع الصلح على أن يكونوا مستقبين على أحكام الكفر (فاما) اذا وقع الصلح على أنه يجري عليهم أحكام الاسلام فهو لازم لا يحتمل للنقض لأن الصلح الواقع على هذا الوجه عقد ذمة فلا يجوز الامام أن ينبذ اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما ينقض به عقد الموادة فالجمله فيه أن عقد الموادة (اما) ان كان مطلقاً عن الوقت (واما) ان كان موقتاً بوقت معلوم فان كان مطلقاً عن الوقت فالذي ينتقض به نوعان نص ودلالة فالنص هو النبذ من الجانبين صريحاً (وأما) الدلالة فهي أن يوجد منهم ما يدل على النبذ نحو أن يخرج قوم من دار الموادة باذن الامام ويقطعوا الطريق في دار الاسلام لأن اذن الامام بذلك دلالة النبذ ولو خرج قوم من غير اذن الامام فقطعوا الطريق في دار الاسلام فان كانوا جماعة لا منعة لهم لا يكون ذلك نقضاً للعهد لأن قطع الطريق بالامتنع لا يصلح دلالة للنقض ألا ترى أنه لو نص واحد منهم على النقض لا ينتقض كما في الامان المؤبد وهو عقد الذمة وان كانوا جماعة لهم منعة فخرجوا بغير اذن الامام ولا اذن أهل مملكته

فالملك وأهل مملكته على مواد عنهم لا نعدم دلالة النقض في حقهم ولكن ينتقض العهد فيما بين القطاع حتى يباح قتلهم واسترقاقهم لوجود دليل النقض منهم وان كان موقتا بوقت معلوم ينتهي العهد بانتهاء الوقت من غير الحاجة الى التبذ حتى كان للمسلمين أن يغزوا عليهم لان العقد المؤقت الى غاية ينتهي بانتهاء الغاية من غير الحاجة الى التناقض ولو كان واحد منهم دخل الاسلام بالموادعة المؤقتة فضي الوقت وهو في دار الاسلام فهو آمن حتى يرجع الى مأمنه لان التعرض له يوم الغدر والتعزير فيجب التحرز عندما أمكن والله تعالى أعلم (وأما) الامان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة والكلام فيه في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان صفة العقد وفي بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض له (أما) ركن العقد فهو نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو لفظ يدل عليه وهو لفظ العهد والعقد على وجه مخصوص (وأما) الدلالة فهي فعل يدل على قبول الجزية نحو أن يدخل حربا في دار الاسلام بامان فان أقام بها سنة بعد ما تقدم اليه في أن يخرج أو يكون ذميا والاصل أن الحرب اذا دخل دار الاسلام بامان ينبغي للامام أن يتقدم اليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يتتقى رأيه وبقوله ان جاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة فاذا جاوزها صار ذميا لانه لما قال لذلك فلم يخرج حتى مضت المدة فقد رضى بصيرورته ذميا فاذا أقام سنة من يوم قال له الامام أخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع الى وطنه قبل ذلك وان خرج بعد تمام السنة فلا سبيل عليه ولو قال الامام عند الدخول ادخل ولا تمكث سنة فمكث سنة صار ذميا ولا يمكن من الرجوع الى وطنه لما قلنا ولو اشترى المستأمن أرضا خراجية فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا لان وظيفة الخراج يختص بالمقام في دار الاسلام فاذا قبلها فقد رضى بكونه من أهل دار الاسلام فيصير ذميا ولو باعها قبل أن يجبي خراجها لا يصير ذميا لان دليل قبول الذمة وجوب الخراج لا نفس الشراء فلم يوضع عليه الخراج لا يصير ذميا ولو استأجر أرضا خراجية فزرعها لم يصير ذميا لان الخراج على الآجر دون المستأجر فلا يدل على التزام الذمة الا اذا كان خراج مقاسمة فاذا أخرجت الارض وأخذ الامام الخراج من الخارج وخنع عليه الجزية وجعله ذميا ولو اشترى المستأمن أرضا المقاسمة وأجرها من رجل من المسلمين فاخذ الامام الخراج من ذلك لا يصير المستأمن ذميا لما بينا أن نفس الشراء لا يدل على الالتزام بل دليل الالتزام هو وجوب الخراج عليه ولم يجب ولو اشترى الحربى المستأمن أرضا خراج فزرعها فاخرجت زرعها فاصاب الزرع آفة أنه لا يصير ذميا لانه اذا أصاب الزرع آفة لم يجب الخراج فصار كأنه لم يزرعها فبقى نفس الشراء وأنه لا يصلح دليل قبول الذمة ولو وجب على المستأمن الخراج في أقل من سنة منذ يوم ملكها صار ذميا حين وجوب الخراج ويؤخذ منه خراج رأسه بعد سنة مستقبلا لانه بوجوب خراج الارض صار ذميا كان عقد الذمة نعم فيعتبر ابتداء العقد من حين وجوب الخراج فيؤخذ خراج الرأس بعد تمام السنة من ذلك الوقت ولو تزوجت الحربية المستأمنة في دار الاسلام ذميا صارت ذمية ولو تزوج الحربى المستأمن في دار الاسلام ذمية لم يصير ذميا (ووجه) الفرق ان المرأة تابعة لزوجها فاذا تزوجت بذمى فقد رخصت بالمقام في دارنا فصارت ذمية تبعا لزوجها فأما الزوج فليس بتابع للمرأة فلا يكون تزوجه اياها دليل الرضا بالمقام في دارنا فلا يصير ذميا والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الركن فأنواع (منها) أن لا يكون المعاهد من مشركى العرب فانه لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف اقلوه تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله تعالى تخلصوا سيبلهم أمر سبحانه وتعالى بقتل المشركين ولم يأمر بتخليه سيبلهم الا عند توهمهم وهى الاسلام ويجوز عقد الذمة مع أهل الكتاب لقول الله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى قوله تعالى من الذين أتوا الكتاب الآية وسواء كانوا من العرب أو من العجم لعموم النص ويجوز مع المحوس لانهم ملحقون بأهل الكتاب في حق الجزية لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في المحوس سنوا بهم سنة أهل الكتاب وكذلك فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بسواد العراق وضرب الجزية على جماجمهم واخراج على أراضيتهم ثم وجه الفرق بين مشركى العرب وغيرهم من أهل الكتاب ومشركى

العجم ان أهل الكتاب انما تركوا بالذمة وقبول الجزية لا لرغبة فيما يؤخذ منهم أو طمع في ذلك بل للدعوة الى الاسلام
 ليخالطوا المسلمين فيتاملوا في محاسن الاسلام وبشرائه وينظر وافيها فيروها مؤسسية على ما احتمله العقول وتقبله
 فيدعوه ذلك الى الاسلام فيرغبون فيه فكان عقد الذمة لرجاء الاسلام وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع
 مشركي العرب لانهم أهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العادة وتقليد الآباء بل يعبدون ما سوى ذلك سخرية
 وجنوناً فلا يشتغلون بالتأمل والنظر في محاسن الشريرة ليقنعوا عليها فيدعوه الى الاسلام فتعين السيف داعياً لهم
 الى الاسلام ولهذا لم يقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الجزية ومشركو العجم ملحقون بأهل الكتاب
 في هذا الحكم بالنص الذي رويناه (ومنها) أن لا يكون مرتداً فإنه لا يقبل من المرتد أيضاً الا الاسلام أو السيف
 لقول الله تبارك وتعالى يقاتلونهم أو يسلمون قيل ان الآية نزلت في أهل الردة من بني حنيفة ولان العند في حق
 المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لان الظاهر انه لا ينتقل عن دين الاسلام بعدما عرف محاسنه وشرائعه اخذ ودة
 في العقول اللسوء اختياره وشؤم طبعه فيقع اليأس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية في حقه وسيلة
 الى الاسلام والله تعالى أعلم (وأما) الصابئون فيعتد لهم عقد الذمة لما ذكرنا في كتاب النكاح عند أبي حنيفة
 هم قوم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور وعندهم أقوم يعبدون الكواكب فكانوا في حكم عبدة الأوثان
 فتؤخذ منهم الجزية اذا كانوا من العجم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون مؤبداً فان وقت له وقتاً لم يصح
 عقد الذمة لان عقد الذمة في إفادة العصمة كالحلف عن عقد الاسلام وعقد الاسلام لا يصح الا مؤبداً
 فكذا عقد الذمة والله تعالى أعلم (وأما) بيان حكم العقد فنقول وبالله التوفيق ان لعقد الذمة أحكاماً (منها) عصمة
 النفس لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله عز وجل حتى يعطوا الجزية عن بدوهم صاغرون ونهى سبحانه
 وتعالى اباحة القتال الى غاية قبول الجزية واذا انتهت الاباحة ثبتت العصمة ضرورة (ومنها) عصمة المال لانها تابعة
 لعصمة النفس وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال انما قبلوا بعقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودمائهم كدمائنا
 والكلام في وجوب الجزية في مواضع في بيان سبب وجوب الجزية وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان وقت
 الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان ما يسقط به بعد الوجوب (أما) الاول فسبب وجوبها عقد الذمة
 وأما شرائط الوجوب فانواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الذكورة فلا تجب على الصبيان والنساء
 والمجانين لان الله سبحانه وتعالى أوجب الجزية على من هو من أهل القتال بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا
باليوم الآخر الآية والمقاتلة مفاعلة من القتال فتستدعي اهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من لبس من أهل
 القتال وهو لا ليسوا من أهل القتال فلا تجب عليهم (ومنها) الصحة فلا تجب على المريض اذا مرض السنة كلها لان
 المريض لا يقدر على القتال وكذلك إن مرض أكثر السنة وان صح أكثر السنة وجبت لان لا أكثر حكم الكل
 (ومنها) السلامة عن الزمانة والعمى والكبر في ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والاعمى والشيخ الكبير وروى
 عن أبي يوسف انها ليست بشرط وتجب على هؤلاء اذا كان لهم مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هؤلاء ليسوا
 من أهل القتال عادة ألا ترى انهم لا يقتلون وكذا الفقير الذي لا يعمل لا قدرة له لان من لا يقدر على العمل لا يكون
 من أهل القتال (وأما) أصحاب الصوامع فيعلمهم الجزية اذا كانوا قادرين على العمل لانهم من أهل القتال فعدم العمل
 مع القدرة على العمل لا يمنع الوجوب كما اذا كان له أرض خراجية فلم زرعهام مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه
 الخراج والله تعالى أعلم (ومنها) الحرية فلا تجب على العبد لان العبد ليس من أهل ملك المال (وأما) وقت
 الوجوب فأول السنة لانها تجب لحقن الدم في المستقبل فلا تؤخر الى آخر السنة ولكن تؤخذ في كل شهر من الفقير
 درهم ومن المتوسط درهمان ومن الغني أربعة دراهم (وأما) بيان مقدار الواجب فنقول وبالله التوفيق الجزية على
 ضربين جزية توضع بالتراضي وهو الصالح وذلك يتقدر بقدر ما وقع عليه الصالح كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم

أهل نجران على ألف ومائتي حلة وجزية يضعها الإمام عليهم من غير رضاهم بان ظهر الإمام على أرض الكفار وأقرهم على أملاكهم وجعلهم ذمة وذلك على ثلاثة مراتب لأن الذمة ثلاث طبقات أغنياء وأوساط وفقراء فيضع على الغني ثمانية وأربعين درهما وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما كذا روى عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه أنه أمر عثمان بن حنيف حين بعثه إلى السواد أن يضع هكذا وكان ذلك من سيدنا عمر رضي الله عنه بحضور من الصحابة من المهاجرين والأنصار رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فهو كالأجماع على ذلك مع ما أنه لا يحتمل أن يكون من سيدنا عمر رضي الله عنه رأيا لأن المقدرات سبيل معرفتها التوقيف والسمع لا العقل فهو كالسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اختلف في تفسير الغني في هذا الباب والوسط والفقير قال بعضهم من لم يملك نصبا يتجرب في مثله الزكاة على المسلمين وهو ما تادهم فهو فقير ومن ملك مائتي درهم فهو من الأوساط ومن ملك أربعة آلاف درهم فصاعدا فهو من الأغنياء لما روى عن سيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهم انهما قالاً أربعة آلاف درهم فادونها نفقة وما فوق ذلك كنز وقيل من ملك مائتي درهم إلى عشرة آلاف فادونها فهو من الأوساط ومن ملك زيادة على عشرة آلاف فهو من الأغنياء والله تعالى أعلم (وأما ما يستقطها بعد الوجوب فانواع منها) الإسلام (ومنها) الموت عندنا فان الذمي اذا أسلم أو مات سقطت الجزية عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تسقط بالموت والإسلام (وجه) قوله ان الجزية وجبت عوضاً عن العصمة بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله إلى قوله جل شأنه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أباح جلّت عظمتة دماء أهل القتال ثم حققها بالجزية فكانت الجزية عوضاً عن حقن الدم وقد حصل له المعوض في الزمان الماضي فلا يسقط عنه العوض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على مسلم جزية وعن سيدنا عمر رضي الله عنه انه رفع الجزية بالإسلام فقال والله ان في الإسلام لماعذاً ان فعل ولا نهى واجبت وسيلة إلى الإسلام فلا تبقى بعد الإسلام والموت كالقتال والدليل على انها وجبت وسيلة إلى الإسلام ان الإسلام فرض بالنصوص والجزية تتضمن ترك القتال فلا يجوز شرع عقد الذمة والجزية الذي فيه ترك القتال الا لما شرع له القتال وهو التوسل إلى الإسلام والا فيكون تناقضاً والشرعية لا تتناقض وتعذر تحقيق معنى التوسل بعد الموت والإسلام فيسقط ضرورة وقوله انها وجبت عوضاً عن حقن الدم ممنوع بل ما وجبت الا وسيلة إلى الإسلام لان تمكين الكفرة في دار الإسلام وترك قتالهم مع قولهم في الله ما لا يليق بذاته وصفاته تبارك وتعالى للوصول إلى عرض يسير من الدنيا خارج عن الحكم والعقل فاما التوسل إلى الإسلام واعداد الكفرة فمقول مع ما انها ان وجبت لحقن الدم فاما تجب كذلك في المستقبل واذا صار دمه محقونا فيما مضى فلا يجوز أخذ الجزية لاجله فتسقط (ومنها) مضى سنة تامة ودخول سنة أخرى عند أبي حنيفة وعندهما لا تسقط حتى انه اذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها الذمي تؤخذ منه للسنة المستقبلية ولا تؤخذ للسنة الماضية عنده وعندهما تؤخذ لما مضى مادام ذمياً والمسئلة تعرف بالموانيد (١) انها تؤخذ أم لا (وجه) قولهما ان الجزية أحد نوعي الخراج فلا تسقط بالتأخير إلى سنة أخرى استدلالاً بالخراج الآخر وهو خراج الأرض وهذا لان كل واحد منهما دين فلا تسقط بالتأخير كسائر الديون ولا بي حنيفة رحمه الله وجهان (أحدهما) ان الجزية ما وجبت الا لرجاء الإسلام واذا لم يوجد حتى دخلت سنة أخرى انقطع الرجاء فيما مضى وبقي الرجاء في المستقبل فيؤخذ للسنة المستقبلية والثاني ان الجزية انما جعلت لحقن الدم في المستقبل فاذا صار دمه محقونا في السنة الماضية فلا تؤخذ الجزية لاجلها لانعدام الحاجة إلى ذلك كما اذا أسلم أو مات تسقط عنه الجزية لعدم الحاجة إلى الحقن بالجزية كذا هذا والاعتبار بخراج الأرض غير سديد فان المجوس اذا أسلم بعد مضى السنة لا يسقط عنه خراج الأرض ويسقط عنه خراج الرأس بخلاف بين أصحابنا رحمهم الله وبه تبين ان هذا ليس كسائر الديون فبطل الاعتبار بها والله تعالى أعلم (وأما) صفة العقد فهو انه لا يملك المسلمون نقضه بحال من الأحوال وأما في حقهم فغير لازم بل

(١) كذا في الاصل وفي نسخة هكذا بالموايه

يحتمل الانتفاع في الجملة لكنه لا ينتقض الا باحد أمور ثلاثة أحدها ان يسلم الذي لما مر ان الذمة عقدت وسيلة الى الاسلام وقد حصل المقصود والثاني أن يلحق بدار الحرب لانه اذا لحق بدار الحرب صار بمنزلة المرتد الا ان الذي اذا لحق بدار الحرب يسترق والمرتد اذا لحق بدار الحرب لا يسترق لما ذكره ان شاء الله تعالى (والثالث) ان يغلبوا على موضع فيحاربون لانهم اذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل الحرب وينتقض العهد ضرورة ولو امتنع الذي من اعطاء الجزية لا ينتقض عهده لان الامتناع محتمل ان يكون لعذر العدم فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال وكذلك لو سب النبي عليه الصلاة والسلام لا ينتقض عهده لان هذا زيادة كفر على كفر والعقد يبقى مع اصل الكفر فيبقى مع الزيادة وكذلك لو قتل مسلماً أو زنى بمسلمة لان هذه معاص ارتكبوها وهي دون الكفر في القبح والحرمة ثم بقيت الذمة مع الكفر رفع المعصية أولى والله تعالى أعلم (وأما) بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض فنقول والله التوفيق ان أهل الذمة يؤخذون باظهار علامات يعرفون بها ولا يتركون يتشبهون بالمسلمين في لباسهم ومركبهم وهيئتهم فيؤخذ الذي بان يجعل على وسطه كشحاً مثل الخيط الغليظ ويلبس قلنسوة طويلة مضر وبه ويركب سرجاً على قربة بوسه مثل الرمانة ولا يلبس طيلساناً مثل طيالة المسلمين ورداء مثل أردية المسلمين والاصل فيه ما روى ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله مر على رجال ركوب ذوى هيئة فظنهم مسلمين فسلم عليهم فقال له رجل من أصحابه أصليحك الله تدري من هؤلاء فقال من هم فقال هؤلاء نصارى بني تغلب فلما أتى منزله أمر أن ينادى في الناس أن لا يبقى نصرائي الا عقد ناصيته وركب الا كاف ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون كالأجماع ولان السلام من شعائر الاسلام فيحتاج المسلمون الى إظهار هذه الشعائر عند الالتقاء ولا يمكنهم ذلك إلا بتمييز أهل الذمة بالعلامة ولان في إظهار هذه العلامات إظهاراً تار الذلة عليهم وفيه صيانة عقائد ضعفة المسلمين عن التغيير على ما قال سبحانه وتعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن ليوثهم سقفاً من فضة ومعارج عليها يظهرون وكذا يجب أن يتميز نسائهم عن نساء المسلمين في حال المشي في الطريق ويجب التمييز في الحمامات في الازرف فيخالف ازهرهم از المسلمين لما قلنا وكذا يجب أن تميز الدور بعلمات تعرف بهادورهم من دور المسلمين ليعرف السائل المسلم انهادور الكفرة فلا يدعولهم بالمغفرة ويتكون أن يسكنوا في أمصار المسلمين يبيعون ويشترون لان عقد الذمة مفسر على كون وسيلة لهم الى الاسلام وتمكينهم من المقام في أمصار المسلمين أبلغ الى هذا المقصود وفيه أيضاً منفعة المسلمين بالبيع والشراء فيمكنون من ذلك ولا يمكنون من بيع الخمر والخنازير فيها ظاهر لان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لانهم مخاطبون بالجرمات وهو الصحيح عند أهل الاصول على ما عرف في موضعه فكان اظهار بيع الخمر والخنزير بمنهم اظهاراً للفسق فيمنعون من ذلك وعندهم ان ذلك مباح فكان اظهار شعائر الكفر في مكان معدلاً لظهور شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين فيمنعون من ذلك وكذا يمنعون من ادخالها في أمصار المسلمين ظاهر اوردى عن أبي يوسف انى أمنعهم من ادخال الخنازير فرق بين الخمر والخنزير لما في الخمر من خوف وقوع المسلم فيها ولا يتوهم ذلك في الخنزير ولا يمكنون من اظهار صليبهم في عيدهم لانه اظهار شعائر الكفر فلا يمكنون من ذلك في أمصار المسلمين ولو فعلوا ذلك في كنائسهم لا يتعرض لهم وكذا الوضرب بالناقوس في جوف كنائسهم القديمة لم يتعرض لذلك لان اظهار الشعائر لم يتحقق فان ضربوا به خارجاً منها لم يمكنوا منه لما فيه من اظهار الشعائر ولا يمنعون من اظهار شئ مما ذكرنا من بيع الخمر والخنزير والصليب وضرب الناقوس في قرية أو موضع ليس من أمصار المسلمين ولو كان فيه عدد كثير من أهل الاسلام وانما يكره ذلك في أمصار المسلمين وهي التي يقام فيها الجمع والاعياد والحدود لان المنع من اظهار هذه الاشياء لكونه اظهاراً لشعائر الكفر في مكان اظهار شعائر الاسلام فيختص المنع بالمكان المعدلاً لظهور الشعائر وهو المصر الجامع (وأما) اظهار فسق يعتقدون حرمة كالزنا وسائر الفواحش التي هي حرام في دينهم فانهم يمنعون من ذلك سواء كانوا في أمصار المسلمين أو في أمصارهم

ومدائهم وقرامهم وكذا المزامير والعيسدان والطبول في الغنا واللعب بالحمام ونظيرها يمنعون من ذلك كله في الأمصار والقرى لأنهم يعتقدون حرمة هذه الأفعال كما نعتقدها نحن فلم تكن مستثناة عن عقد الذمة ليقروا عليها (وأما) الكنائس والبيع القديمة فلا يتعرض لها ولا يهدم شيء منها (وأما) أحداث كنيسة أخرى فيمنعون عنه فيما صار مصر آمن أمصار المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام لا كنيسة في الإسلام إلا في دار الإسلام ولو أنه دمت كنيسة فلهم أن يبنوها كما كانت لأن هذا البناء حكم البقاء ولهم أن يستبقوها فلهم أن يبنوها وليس لهم أن يحولوها من موضع إلى موضع آخر لأن التحويل من موضع إلى موضع آخر في حكم أحداث كنيسة أخرى (وأما) في القرى أو في موضع ليس من أمصار المسلمين فلا يمنعون من أحداث الكنائس والبيع كما لا يمنعون من اظهار بيع الخمر والخنازير لما بينا ولو ظهر الامام على قوم من أهل الحرب فرأى أن يجعلهم ذمة ويضع على رؤسهم الجزية وعلى أراضهم الخراج لا يمنعون من اتخاذ الكنائس والبيع واطهار بيع الخمر والخنزير لأن الممنوع اظهار شعائر الكفر في مكان اظهار شعائر الإسلام وهو أمصار المسلمين ولم يوجد بخلاف ما اذا صاروا ذمة بالصلح بان طلب قوم من أهل الحرب منا أن يصيروا ذمة يؤدون عن رقابهم وأراضهم شيئاً معلوماً ونجرب عليهم أحكام الإسلام فصالحناهم على ذلك فكانت أراضهم مثل أراضى الشام مدائن وقرى ورساتيق وأمصاراً لا يتعرض لكنائسهم القديمة ولكنهم لو أرادوا أن يحدثوا شيئاً منها بمنعوا من ذلك لأنهم صاروا مصر من أمصار المسلمين وأحداث الكنيسة في مصر من أمصار المسلمين ممنوع عنه شرعاً فان مصر الامام مصر للمسلمين كما مصر سيدنا عمر رضي الله عنه الكوفة والبصرة فاشترى قوم من أهل الذمة دوراً وأرادوا أن يتخذوا فيها كنائس لا يمكنوا من ذلك لما قلنا وكذلك لو تخلى رجل في صومعته منع من ذلك لأن ذلك في معنى اتخاذ الكنيسة وكل مصر من أمصار المشركين ظهر عليه الامام عنوة وجعلهم ذمة فما كان فيه كنيسة قديمة ممنوع من الصلاة في تلك الكنائس لأنه لما فتح عنوة فقد استحققه المسلمون فيمنعهم من الصلاة فيها وأمرهم أن يتخذوها مساجد ولا ينبغي أن يهدمها وكذلك كل قرية جعلها الامام مصر أو عطل الامام هذا المصر وتركوا اقامة الجمع والاعياد والحدود فيه كان لأهل القرية أن يحدثوا ما شاؤوا لأنه عاد قرية كما كانت نصرانية تحت مسلم لا يمكنها من نصب الصليب في بيته لأن نصب الصليب كنصب الصنم وتصلى في بيته حيث شاءت هذا الذي ذكرنا حكم أرض العجم (وأما) أرض العرب فلا يترك فيها كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر والخنزير مصرأ كان أو قرية أو ماء من مياه العرب ويمنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكناً ووطناً كذا ذكره محمد بن فضال لا أرض العرب على غيرها وتطهيرها عن الدين الباطل قال عليه الصلاة والسلام لا يجب مع دينان في جزيرة العرب وأما الالتجاء إلى الحرم فإن الحرب إذا التجأ إلى الحرم لا يباح قتله في الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم وعند الشافعي رحمه الله يقتل في الحرم واختلف أصحابنا فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يقتل في الحرم ولا يخرج منه أيضاً وقال أبو يوسف رحمه الله لا يباح قتله في الحرم ولكن يباح اخراجه من الحرم للشافعي رحمه الله قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وحيث يعبر به عن المكان فكان هذا الإباحة لقتل المشركين في الأماكن كلها (ولنا) قوله تبارك وتعالى أو لم روا أنا جعلنا حرمها آمناً هذا إذا دخل ملتحجاً ما إذا دخل مكابراً أو مقاتلاً يقتل لقوله تعالى ولا تقنلوه عند المسجد حتى يقنلوه فيه فإن قتلوه فاقتلوه ولا نه لما دخل مقاتلاً فقد هتك حرمة الحرم فيقتل تالفاً للبهت زجر الغيرة عن الهتك وكذلك لو دخل قوم من أهل الحرب للقتال فانهم يقتلون ولو أنهم زعموا من المسلمين فلا شيء على المسلمين في قتلهم وأسرهم والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم الغنائم وما يتصل بها فنقول وبالله التوقيق هي ثلاثة أثلاثه أثلاث النفل والثاني والغنيمة فلا بد من بيان معاني هذه الألفاظ وما يتعلق بها من الشرائط والأحكام (أما) النفل في اللغة فعبارة عن الزيادة ومنه سمي ولد الولد نافلة لأنه زيادة على الولد الصليبي وسميت نوافل العبادات لكونها زيارات على الفرائض وفي الشريعة عبارة

عما خصه الامام لبعض الغزاة تحرير يضاهم على القتال سمي قفلا لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة والتنفيذ هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو أن يقول الامام من أصاب شيئا فله ربه أو ثلثه أو قال من أصاب شيئا فهو له أو قال من أخذ شيئا أو قال من قتل قتيلا فله سلبه أو قال لسرية ما أصبتم فلكم ربه أو ثلثه أو قال فهو لكم وذلك جائز لان التخصيص بذلك تحرير يض على القتال وانه أمر مشروع ومنسوب اليه قال الله تعالى عز شأنه يا أيها النبي حرر المؤمنين على القتال الا انه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ لان التنفيذ بكل المأخوذ قطع حق الغنائم عن النفل أصلا لكن مع هذا لو رأى الامام المصلحة في ذلك ففعله مع سرية جاز لان المصلحة قد تكون فيه في الجملة ويجوز التنفيذ في سائر الاموال من الذهب والفضة والسلب وغير ذلك لان معنى التحرير يض على القتال يتحقق في الكل والسلب هو نهب المقتول وسلاحه الذي معه ودابته التي ركبها وسرجها وآلاتها وما كان معه من مال في حقيبة على الدابة أو على وسطه (وأما) حقيبة غلامه وما كان مع غلامه من دابة أخرى فليس بسلب ولو اشترك في قتل رجل كان السلب بينهما فان بدأ أحدهما فضر به ثم أجهزه الآخر بان كانت الضربة الاولى قد أثنخته وصيرته الى حال لا يتماثل ولا يعين على القتال فالسلب الاول لانه قتل الاول وان كانت الضربة الاولى لم نصيره الى هذه الحالة فالسلب للثاني لانه قتل الثاني ولو قتل رجل واحد فثليين أو أكثر فله سلبه وهل يدخل الامام في التنفيذ ان قال في جميع ذلك منكم لا يدخل لانه خصهم وان لم يفل منكم يدخل لانه عم الكلام هذا اذا نفل الامام فان لم ينفل شيئا فقتل رجل من الغزاة قتيلا لم يختص بسلبه عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان قتله مدبراً من زمناً لم يختص بسلبه وان قتله مقبلاً لم يختص بسلبه واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلا فله سلبه وهذا منه عليه الصلاة والسلام نصب الشرع ولانه اذا قتله من قبله فقتله بقوة نفسه فيختص بالسلب واذا قتله مولياً من زمناً فاما قتله بقوة الجماعة فكان السلب غنيمة متسومة (ولنا) ان القياس يأبى جواز التنفيذ والاختصاص بالمصاب من السلب وغيره لان سبب الاستحقاق ان كان هو الجهاد وجد من الكل وان كان هو الاستيلاء والاصابة والاخذ بذلك حصل بقوة الكل فيقتضي الاستحقاق للكل فتخصص البعض بالتنفيذ يخرج مخرج قطع الحق عن المستحق فينبغي أن لا يجوز الا انما استحسن الجواز بالنسبة وهو قولنا ببارك وتعالى يا أيها النبي حرر المؤمنين على القتال والتنفيذ تحرير يض على القتال باطماع زيادة المال لان من له زيادة غنا وفضل شجاعة لا يرضى طبعه باظهار ذلك مع ما فيه من مخاطرة الروح ويعرض النفس للهلاك الا باطماع زيادة لا يشاركه فيه غيره فاذا لم يطمع لا يظهر فلا يستحق الزيادة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لانه يحتمل انه نصب ذلك القول شرعاً ويحتمل أن يكون نصبه شرطاً ويحتمل أنه نقل قولاً بأعيانهم فلا يكون حجة مع الاحتمال نظيره قوله عليه الصلاة والسلام من أحيى أرحاماً ميتة فهي له انه لم يجعله أبو حنيفة حجة لملك الارض المحياة بغير اذن الامام لمثل هذا الاحتمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط جوازه فهو أن يكون قبل حصول الغنيمة في يد الغنائم فاذا حصلت في أيديهم فلا نقل لان جواز التنفيذ لا تحرير يض على القتال وذلك لا يتحقق الا قبل أخذ الغنيمة فان قيل أليس أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نقل بعد احرار الغنيمة فالجواب أنه يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام انما نقل من الخمس أو من الصنف الذي كان له في الغنائم ويحتمل أنه كان مما أفاء الله تعالى عليه فساد الراوى غنيمة والله تعالى أعلم (وأما) حكم التنفيذ فنؤمن أحدهما اختصاص النفل بالنفل حتى لا يشاركه فيه غيره وهل ثبت الملك فيه قبل الاحرار بدار الاسلام فقيه كلامه ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والثاني انه لا خمس في النفل لان الخمس انما يجب في غنيمة مشتركة بين الغنائم والنفل ما أخلصه الامام لصاحبه وقطع شركة الاغيار عنه فلا يجب فيه الخمس ويشارك المنفل له الغزاة في أربعة أخماس ما أصابوا لان الاصابة أو الجهاد حصل بقوة الكل الا أن الامام خص البعض ببعضها وقطع حق الباقي عنه فبقى حق الكل متعلقاً بما وراءه فيشاركهم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) النفي فهو اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الأموال المبعوثة بالرسالة إلى إمام المسلمين والأموال المأخوذة على موادعة أهل الحرب ولا خمس فيه لأنه ليس بغنيمة أذهى للمأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان النفي لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء يختصه لنفسه أو يفرقه فيمن شاء قال الله تعالى عز شأنه وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسوله على من يشاء والله على كل شيء عقدير وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال كانت أموال بني النضير مما أفاء الله عز وجل على رسوله صلى الله عليه وسلم وكانت خالصته وكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي جعله في الكراع والصلاح ولهذا كانت فدية حليصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم إذ كانت لم يوجف عليها الصحابة رضي الله عنهم من خيل ولا ركاب فانه روى أن أهل فديك لما بلغهم أهل خيبر أنهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلبهم ويحقق دماءهم ويخلو بينهم وبين أموالهم بعثوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبه على النصف من فديك فصالحهم عليه الصلاة والسلام على ذلك ثم الفرق بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الأئمة في المال المبعوث إليهم من أهل الحرب أنه يكون لعامة المسلمين وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة أن إماماً أشرك قومه في المال المبعوث إليه من أهل الحرب لأن هبة الأئمة بسبب قومهم فكانت شركة بينهم (وأما) هبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت بما نصر من الرعب لا باسحابة كما قال عليه الصلاة والسلام بصرت بالرعب مسيرة شهرين لذلك كان له أن يختص لنفسه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا إذا دخل حرب في دار الإسلام بغير أمان فاخذه واحد من المسلمين يكون في جماعة المسلمين ولا يختص به إلا أخذ عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يكون للأخذ خاصة (وجه) قولهما أن سبب الملك وجد من الأخذ خاصة فيختص بملكه كما إذا دخلت طائفة من أهل الحرب دار الإسلام فاستقبلتها سارية من أهل الإسلام فاخذتها انهم يختصون بملكها والدليل عن أن سبب الملك وجد من الأخذ خاصة أن السبب هو الأخذ والاستيلاء هو إثبات اليد وقد وجد ذلك حقيقة من الأخذ خاصة وأهل الدار إن كانت لهم يد لكن يد حكيمة ويد الحر بي حقيقة لأنه حر والحر في يد نفسه واليد الحكيمة لا تصلح مبطللة لليد الحقيقية لأنها دونها وتقتض الشئ بما هو مثله أو بما هو فوقه لا بما هو دونه فاما بد الأخذ فيد حقيقة وهي محقة ويد الحرب مبطللة فجازا بطلها بها (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه أنه وجد سبب ثبوت الملك لعامة المسلمين في محل قابل للملك وهو المباح فيصير ماسكاً لكل كما إذا استولى جماعة على صيد وإنما قلنا ذلك لأنه كلما دخل دار الإسلام فقد ثبت يد أهل الدار عليه لأن الدار في أيديهم فأي الدار يكون في أيديهم أيضاً ولهذا قلنا أنه لا يثبت الملك للغانمين في الغنائم ما داموا في دار الحرب كهذا هينا قوله يد أهل الدار يد حكيمة ويد الحرب حقيقة فلا تبطلها قلنا ويد أهل الدار حقيقة أيضاً لأن المعنى من اليد في هذه الأبواب القدرة من حيث سلامة الأسباب والآلات ولا هل الدار آلات سليمة لو استعملوها في التصرف عليه لحدثت لهم بمجرى العادة قدرة حقيقية على وجه لا يمكنهم مقاومتهم ومعارضتهم مع ماله إذا ثبت يد الأخذ عليه حقيقة فقد ثبت يد أهل الدار لأن يده يد أهل الدار لأن أهل دار الإسلام كلهم منعة واحدة فانهم يذوبون عن دين واحد فكانت يده يد الكل معنى كما إذا دخل الغزاة دار الحرب فاخذوا أحد منهم شيئاً من أموال الكفرة فإن المأخوذ يكون غنيمة مقسومة بين الكل كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما السريتان إذا التقتا في دار الإسلام فاخذ منها سارية الإمام فانما اختصاصا بملكها للحاجة والضرورة وهي أن بالإمام حاجة إلى بعث السرايا لحراسة الحوزة وحماية البيضة عن شر الكفرة إذا الكفرة يقصدون دار الإسلام والدخول في حدودها بفتة فاذا علموا ببعث السرايا وتهيبهم للذب عن حریم الإسلام قطعوا الأطماع فبقيت البيضة محروسة فلم يختصوا بالمأخوذ لما اتقاد طبعهم لكفاية هذا الشغل فتمتد أطماع الكفرة إلى دار الإسلام ولهذا إذا قل الإمام سرية فاصابوا شيئاً يختصون به لوقوع الحاجة إلى التنفيل لاختصاص بعض الغزاة بزيادة

شجاعة لانه لا ينقاد طبعه لاظهارها الا بالترغيب بزياة من المصائب بالتنفيل كذا هذا وهل يجب فيه الخمس فعن
أبي حنيفة رضي الله عنه وايتان والصحيح انه لا يجب لان الخمس انما يجب في الغنائم والغنيمة اسم للمال المأخوذ
عنوة وقهر أيا يحاف الخيل والركاب ولم يوجد لحصوله في أيديهم بغير قتال فكان مباحا ملك لا على سبيل القهر والغلبة
فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات وكذا روى عن محمد وايتان والصحيح انه يجب فيه الخمس لان الملك عنده
يثبت بأخذه وانما أخذه على سبيل القهر والغلبة فكان في حكم الغنائم ولودخل دار الاسلام فاسلم قبل ان يؤخذ
ثم أخذه واحدا من المسلمين يكون فيا الجماعة المسلمين أيضا عند أبي حنيفة وعندهما يكون حرا لا سبيلا لا حد عليه
وهذا فرع الاصل الذي ذكرنا ان عند أبي حنيفة رحمه الله كما دخل دار الاسلام فقد انعقد سبب الملك فيه لوقوعه في
يد أهل الدار فاعتراض الاسلام بعد انعقاد سبب الملك لا يمنع الملك وعندهما سبب الملك هو الاخذ حقيقة فكان
حرا قبله حيث وجد الاسلام قبل وجود سبب الملك فيه فيمنع ثبوت الملك على مامر ولو رجع هذا الحربي الى دار
الحرب خرج من ان يكون فيا بالاجماع اما عند أبي حنيفة فلان حق أهل دار الاسلام لا ينافي كدالا بالاخذ حقيقة
ولم يوجد واما عندهما فلا تثبت الملك أصلا الا بحقيقة الاخذ ولم يوجد وصار هذا كما اذا انقلت واحدا من
الاسارى قبل الاحراز بدار الاسلام والتحقيق بمنعهم انه يعود حرا كما كان كذا هذا ولو ادعى هذا الحربي بامان لم
يقبل قوله عند أبي حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان دخول دار الحرب سبب ثبوت الملك والامان عارض مانع
من انعقاد السبب فلا تقبل دعوى العارض الابحجة واما عندهما فلان الملك فيه يقف على حقيقة الاخذ فكان حرا
قبله فكان دعوى الامان دعوى حكم الاصل فتقبل وكذلك لو قال الا اخذاني امنته لم يقبل قوله عند أبي حنيفة
وعندهما يقبل اما عنده فلان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير فلا يقبل وعندهما هذا اقرار على نفسه وانه غير
متهم في حق نفسه ولودخل هذا الحربي الحرم قبل ان يؤخذ فهو في عند أبي حنيفة ودخول الحرم لا يبطل ذلك عنه
لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين الحرم وغيره والدليل عليه ان الاسلام لم يبطل الملك فالحرم أولى ولان
الاسلام أعظم حرمة من الحرم وعندهما لا يكون فيا الا بحقيقة الاخذ فيبقى على أصل الحرية ولا يتعرض له لسكرته
لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبيع حتى يخرج من الحرم ولو آمنه رجل من المسلمين في الحرم أو بعد ما خرج من
الحرم قبل ان يؤخذ لم يصح عند أبي حنيفة وعندهما يصح ويرد الى مأمته لان عنده صار فيا لجماعة المسلمين بنفس
دخول دار الاسلام وعندهما لا يصير فيا الا بحقيقة الاخذ فاذا أمنه قبل الاخذ يصح ولا يصح بعده لانه مرقوق ولو
أخذه رجل في الحرم وأخرجه منه فقد أساء وكان فيا لجماعة المسلمين عند أبي حنيفة وعندهما يكون لمن أخذه اما عنده
فلان الملك قد ثبت بدخوله دار الاسلام فلا خذ في الحرم لا يبطله واما عندهما فلان الملك وان كان يثبت بالاخذ
وانه منهي لكن النهي لغيره وهو حرمة الحرم فلا يمنع كونه سببا للملك في ذاته كالبيع وقت النداء ونحو ذلك ولو أخذه
في الحرم ولم يخرج منه فينبغي ان يخلى سبيله في الحرم رعاية لحرمة الحرم مادام فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الغنيمة
فالكلام فيها في مواضع في تفسير الغنيمة وفي بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم وفي بيان مكان قسمة
الغنائم وفي بيان ما يباح الانتفاع به من الغنائم وفي بيان كيفية قسمة الغنائم وفي بيان مصارفها اما الاول فالغنيمة عندنا
اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة والاخذ على سبيل القهر والغلبة لا يتحقق الا بالمنعة اما بحقيقة
المنعة أو بدلالة المنعة وهي اذن الامام وعند الشافعي رحمه الله هي اسم للمأخوذ من أهل الحرب كيف ما كان ولا يشترط
له المنعة أصلا وبيان ذلك في مسائل اذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فاخذوا أموالا منهم فانها تقسم قسمة الغنائم
بالاجماع سواء دخلوا باذن الامام أو بغير اذنه لوجود الاخذ على سبيل القهر والغلبة لوجود المنعة القائمة مقام المقاتلة
حقيقة واقل المنعة أربعة في ظاهر الرواية لقوله عليه الصلاة والسلام خير الاصحاب أربعة وروى عن أبي يوسف
انها تسعة ولودخل من لا منعة له باذن الامام كان المأخوذ غنيمة في ظاهر الرواية عن أصحابنا لوجود المنعة دلالة على ما

نذكره ولودخل بغير اذن الامام لم يكن غنيمة عندنا لانعدام المنفعة أصلاً وعند الشافعي رحمه الله يكون غنيمة والصحيح قولنا لان الغنيمة والغنم والمغنم في اللغة اسم لما أصيب من أموال أهل الحرب وأوجف عليه المسلمون بالخييل والركاب وكذا اشارة النص دليل عليه وهي قوله سبحانه وتعالى وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب أشار سبحانه وتعالى الى انه ما لم يوجف عليه المسلمون بالخييل والركاب لا يكون غنيمة واصابة مال أهل الحرب بالخيال والركاب لا يكون الا بالمنفعة اما حقيقته أو دلالة لان من لا منعة له لا يمكنه الاخذ على طريق القهر والغلبة فلم يكن المأخوذ غنيمة بل كان مالا مباحا فيختص به الاخذ كالصيد الا ان اخذاه جميعاً فيكون المأخوذ بينهما كما لو أخذ صيداً اما عند وجود المنفعة فيتحقق الاخذ على سبيل القهر والغلبة اما حقيقة المنفعة فظاهرة وكذا دلالة المنفعة وهي اذن الامام لانه لما أذن له الامام بالدخول فقد ضمن له المعونة بالمدد والنصرة عند الحاجة فكان دخوله باذن الامام امتناعاً بالجيش الكفيف معنى فكان المأخوذ مأخوذاً على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة فهم والفرق ولو اجتمع فريقان أحدهما دخل باذن الامام والاخر بغير اذنه ولا منعة لهم فالحكم في كل فريق عند الاجتماع ما هو الحكم عند الانفراد انه ان تهرد كل فريق باخذ شيء فلكل فريق مأخذ كما لو اقر دكل فريق بالدخول فاخذ شيئاً فان اشترك الفريقان في الاخذ فالماخوذ بينهم على عدد الاخذين نعم ما أصاب المأخوذون لهم خمس ويكون أربعة أخماسه بينهم مشتركة فيه الاخذ وغير الاخذ لانه غنيمة وهذا سبيل الغنائم وما أصاب الذين لم يؤذن لهم لا خمس فيه فيكون بين الاخذين ولا يشاركهم الذين لم يأخذوا لانه مال مباح وهذا حكم المال المباح على ما بينا هذا اذا اجتمع فريقان ولا منعة لهم فاما اذا اجتمعوا وكان لهم باجتماعهم منعة فما أصاب واحداً منهم أو جماعتهم خمس وأربعة أخماسه بينهم لان المأخوذ غنيمة لوجود المنفعة فكان وجود الاذن وعدمه بمنزلة واحدة ولو كان الذين دخلوا باذن الامام لهم منعة نعم لحقهم الحصص أو لصان لا منعة لهما بغير اذن الامام ثم لتواقتالا وأصابوا مالا وأصابوا غنائم فما أصاب العسكر قبل ان يلحقهم اللص فان هذا اللص لا يشاركهم فيه وما أصابوه بعد ان لحق هذا اللص بهم فانه يشاركهم لان الاصابة قبل اللحاق حصلت بقتال العسكر حقيقة وكذلك الاحراز بدار الاسلام لان لهم غنية عن معونة اللص فكان دخوله في الاستيلاء على المصاب قبل اللحاق وعدمه بمنزلة واحدة ولا يشبه هذا الجيش اذا لحقهم المدد انه يشاركهم فيما أصابوا لان الجيش يستعين بالمدد لقوتهم فكان الاحراز حاصل بالكل وكذلك الاصابة بعد اللحاق حصلت باستيلاء الكل لذلك شاركهم بخلاف اللص والله تعالى أعلم ولو أخذ واحد من الجيش شيئاً من المتاع الذي له قيمة وليس في يد انسان منهم كالمعادن والكنوز والخشب والسمك فذلك غنيمة وفيه الخمس وذلك الواحد انما أخذه بمنعة الجاعة وقوتهم فكان مالا مأخوذاً على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة وان لم يكن ذلك الشيء في دار الحرب وفي دار الاسلام قيمة فهو له خاصة لانه اذا لم يكن له قيمة لا يقع فيه تمنع وتدافع فلا يقع أخذه على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة ولو أخذ شيئاً له قيمة في دار الحرب نحو الخشب فعمله آنية أو غير هارده الى الغنيمة لانه اذا كان له قيمة بذاته فالعمل فيه فضل له فان لم يكن ذلك الشيء متقوماً فهو له خاصة لما قلنا ولا خمس فيما يؤخذ على موادعة أهل الحرب لانه ليس بمأخوذ على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة وكذا ما بعث رسالة الى امام المسلمين لا خمس فيه لما قلنا ولو حاصر المسلمون قلعة في دار الحرب فاقتدوا أنفسهم بمال ففيه الخمس لانه غنيمة لكونه مأخوذاً على سبيل القهر والغلبة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم فجملة الكلام فيه انه اذا ظهر الامام على بلاد أهل الحرب فالمستولى عليه لا يخلو من أحد أنواع ثلاثة المتاع والاراضى والرقاب اما المتاع فانه خمس ويقسم الباقي بين الغانمين ولا خيار للامام فيه واما الاراضى فللإمام فيها خياران ان شاء خمسها ويقسم الباقي بين الغانمين لما بينا وان شاء تركها في يد أهلها بالخراج وجعلهم ذمة ان كانوا يحمل الذمة بان كانوا من أهل الكتاب أو من مشركي العجم ووضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضهم وهذا عندنا وعند

الشافعي رحمه الله ليس للامام ان يترك الاراضي في أيديهم باخراج بل يقسمها (وجهه) قوله ان الاراضي صارت ملكا للفرقة بالاستيلاء فكان الترك في أيديهم ابطالا للملك الفرقة فلا يملكه الامام كالمحتاج (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان سيدنا عمر رضي الله عنه لما فتح سواد العراق ترك الاراضي في أيديهم وضرب على رؤسهم الجزية وعلى أراضهم الخراج بمحض من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم واما الرقاب فالامام فيها بين خيارين ثلاث ان شاء قتل الاسارى منهم وهم الرجال المقاتلة وسبي النساء والذراير لقوله نبارك ونعالى فاضر بوا فوق الاعناق وهذا بعد الاخذ والاسر لان الضرب فوق الاعناق هو الابانة من المفصل ولا يقدر على ذلك حال القتال ويقدر عليه بعد الاخذ والاسر وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استشار الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم في أسارى بدر فأشار بعضهم الى القداء وأشار سيدنا عمر رضي الله عنه الى القتل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو جاءت من السماء نار ما نجى الا عمر أشار عليه الصلاة والسلام الى ان الصواب كان هو القتل وكذا روى انه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث يوم بدر و بقتل هلال بن خطل ومقيس بن صباة يوم فتح مكة ولان المصلحة قد تكون في القتل لما فيه من استئصالهم فكان للامام ذلك وان شاء استرق الكل فحسمهم وقسمهم لان الكل غنيمة حتمية لحصولها في أيديهم عنوة وقهرا باجاف الخيل والركاب فكان له ان يقسم الكل الارجل مشركي العرب والمرتين فانهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون أو يسلمون وعند الشافعي رحمه الله يجوز استرقاقهم (وجهه) قوله انه يجوز استرقاق مشركي العجم وأهل الكتاب من العجم والعرب فكذا استرقاق مشركي العرب والمرتين وهذا لان الاسترقاق حكم الكفر وهم في الكفر سواء فكانوا في احتمال الاسترقاق سواء (ولنا) قوله سبحانه وتعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله سبحانه وتعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ولان ترك القتل بالاسترقاق في حق أهل الكتاب ومشركي العجم للتوسل الى الاسلام ومعنى الوسيلة لا يتحقق في حق مشركي العرب والمرتين على نحو ما بينا من قبل واما النساء والذراير منهم فيسترقون كما يسترق نساء مشركي العجم وذرايرهم لان النبي عليه الصلاة والسلام استرق نساء هوازن وذرايرهم وهم من صميم العرب وكذا الصحابة استرقوا نساء المرتدين من العرب وذرايرهم وان شاء من عليهم وتركهم أحرار بالذمة كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بسواد العراق الا مشركي العرب والمرتين فانه لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية كما لا يجوز بالاسترقاق لما بينا ولو شهدوا بشهادة قبل ان يجعلهم الامام ذمة لم تجز شهادتهم لانهم أهل الحرب فان جعلهم ذمة فاعادوا الشهادة جازت لان شهادة أهل الذمة مقبولة في الجملة فاما شهادة أهل الحرب فغير مقبولة أصلا وليس للامام ان يمن على الاسير فيتركه من غير ذمة لا يقتله ولا يقسمه لانه لو فعل ذلك لرجع الى المنعة فيصير حر باعلينا فان قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير بن باطل من بني قريظة وكذا من على أهل خيبر فالجواب انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير ولم يقتله اما لانه لم يثبت انه ترك بالجزية أم بدونها فاحتمل انه تركه بالجزية وعقد الذمة وأما أهل خيبر فقد كانوا أهل الكتاب فتركهم ومن عليهم ليصيروا كرامة للمسلمين ويجوز ان ذلك لان ذلك في معنى الجزية فيكون تركها بالجزية من حيث المعنى وهل للامام ان يفادي الاسارى اما المفاداة بالمال فلا تجوز عند أصحابنا في ظاهر الروايات وقال محمد مفاداة الشيخ الكبير الذي لا يرجي له ولد تجوز وعند الشافعي رحمه الله تجوز المفادات بالمال كيف ما كان واحتج بظاهر قوله عز وجل فاما من بعد واما فداء وقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسارى بدر بالمال وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز والاباحة (ولنا) ان قتل الاسرى مأثور به لقوله تعالى فاضر بوا فوق الاعناق وانه منصرف الى ما بعد الاخذ والاسترقاق لما قلنا وقوله سبحانه وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والا مر بالقتل للتوسل الى الاسلام فلا يجوز تركه الا لما شرع له القتل وهو ان يكون وسيلة الى الاسلام ولا يحصل معنى التوسل بالمفاداة فلا يجوز

ترك المقر وض لا جله ويحصل بالذمة والاسترقاق لما بينا فكان اقامة للقرض معنى لا تركاله ولان المفاداة بالمال اعانة لاهل الحرب على الحراب لانهم يرجعون الى المنعة فيصرون حرباً علينا وهذا لا يجوز ومحمد رحمه الله يقول معنى الاعانة لا يحصل من الشيخ الكبير الذي لا يرجي منه ولد فجاز فداؤه بالمال ولكننا نقول ان كان لا يحصل بهذا الطريق يحصل بطريق آخر وهو الرأى والمشورة وتكثير السواد وأما قوله تعالى فاماننا بعد واما فداء فقد قال بعض أهل التفسير ان الآية منسوخة بقوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية لان سورة براءة نزلت بعد سورة محمد عليه الصلاة والسلام ويحتمل ان تكون الآية في أهل الكتاب فيمن علمهم بعد أسيرهم على ان يصيروا كرامة للمسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر أذمة كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه باهل السواد ويسترقون (وأما) أسارى بدر فقد قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحي فعوتب عليه بقوله سبحانه وتعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم فيه عذاب عظيم حتى قال عليه الصلاة والسلام لو أنزل الله من السماء ناراً ما نجى الا عمر رضي الله عنه يدل عليه قوله تعالى ما كان لني أن نكون له أسرى حتى يشخن في الارض على أحد وجهي التأويل أي ما كان لني أن يأخذ الفداء في الاسارى حتى يشخن في الارض أي حتى يغلب في الارض منعة عن أخذ الفداء بها وأشار الى أن ذلك ليغلب في الارض اذ لو أطلقهم لرجعوا الى المنعة وصاروا حرباً على المسلمين فلا تتحقق الغلبة ويحتمل أن المفاداة كانت جائزة ثم انتسخت بقوله تبارك وتعالى فاضر بوا فوق الا عناق وقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وانما عوتب عليه الصلاة والسلام بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لا لخطر المفاداة بل لانه عليه الصلاة والسلام لم ينتظر بلوغ الوحي وعمل باجتهاده أي لولا من حكم الله تعالى أن لا يعذب أحد على العمل بالا جتهاد لمسكم العذاب بالعمل بالا جتهاد وترككم انتظار الوحي والله تعالى أعلم وكذا لا تجوز مفاداة الكراع والسلاح بالمال لان كل ذلك يرجع الى اعانتهم على الحرب وتجاوز مفاداة أسارى المسلمين بالدرهم والدنانير والثياب ونحوها مما ليس فيها اعانة لهم على الحرب ولا يفادون بالسلاح لان فيه اعانة لهم على الحرب والله تعالى أعلم (وأما) مفاداة الاسير بالاسير فلا تجوز عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف ومحمد تجوز (وجه) قولهما أن في المفاداة انقاذ المسلم وذلك أولى من اهلاك الكافر ولا يبي حنيفة ما ذكرنا أن قتل المشركين فرض بقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله تعالى فاضر بوا فوق الا عناق فلا يجوز تركه الا لما شرع له اقامة القرض وهو التوسل الى الاسلام لانه لا يكون تركا معنى وهذا لا يحصل بالمفاداة ويحصل بالذمة والاسترقاق فيمن يحتمل ذلك على ما بينا وما ذكرنا أن فيها اعانة لاهل الحرب على الحرب لانهم يرجعون الى المنعة فيصرون حرباً على المسلمين ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما قال أبو يوسف تجوز المفاداة قبل القسمة ولا تجوز بعدها وقال محمد تجوز في الحالين (وجه) قول محمد أنه لما جازت المفاداة قبل القسمة فكذا بعد القسمة لان الملك ان لم يثبت قبل القسمة فالحق ثابت ثم قيام الحق لم يمنع جواز المفاداة فكذا قيام الملك (وجه) قول أبي يوسف أن المفاداة بعد القسمة ابطال ملك المقسوم له من غير رضاه وهذا لا يجوز في الاصل بخلاف ما قبل القسمة لانه لا ملك قبل القسمة انما الثابت حق غير متقرر فجاز أن يكون محتملاً لا لابطال بالمفاداة والله تعالى أعلم ولا يجوز أن يعطى رجل واحد من الاسارى ويؤخذ بدله رجلين من المشركين لان كم من واحد يغلب اثنين وأكثر من ذلك فيؤدى الى الاعانة على الحرب وهذا لا يجوز واذا عزم المسلمون على قتل الاسارى فلا ينبغي أن يعذبوهم بالجوع والعطش وغير ذلك من أنواع التعذيب لان ذلك تعذيب من غير فائدة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في بني قريظة لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح ولا تمتلوا بهم لقوله عليه الصلاة والسلام في وصايا الامراء ولا تمتلوا ولا ينبغي للرجل أن يقتل أسير صاحبه لانه له ضرب اختصاص به حيث أخذه وأسره فلم يكن لغيره أن يتصرف فيه كما لو التقط شيئاً والا فضل

أن يأتي به الامام ان قدر عليه حتى يكون الامام هو الحكم فيه لتعلق حق الغزاة به فكان الحكم فيه للامام وانما يقتل من الاسارى من بلغ اما بالسن أو بالا حلال على قدر ما اختلف فيه فاما من لم يبلغ أو شك في بلوغه فلا يقتل وكذا المعتوه الذي لا يعتل لما بيننا من قبل فلو قتل رجل من المسلمين أسيراً في دار الحرب أو في دار الاسلام فان كان قبل القسمة فلا شيء فيه من دية ولا كفارة ولا قيمة لان دمه غير معصوم قبل القسمة فان للامام فيه خيرة القتل وان كان بعد القسمة أو بعد البيع فيراعى فيه حكم القتل لان الامام اذا قسمهم أو باعهم فقد صار دمه معصوماً فكان مضموناً بالقتل الا أنه لا يجب القصاص لقيام شبهة الاباحة كالخربى المستامن ثم ما ذكرنا من خيار القتل للامام في الاسارى قبل القسمة اذا لم يسلموا فان أسلموا قبل القسمة فلا يباح قتلهم لان الاسلام عاصم وللامام خيار ان فيهم ان شاء استرقهم فتقسمهم وان شاء تركهم أحراراً بالذمة ان كانوا بحمل الذمة والاسترقاق لان الاسلام لا يرفع الرق اما لا يرفعه لان الرفع فيه ابطال حق الغزاة وهذا لا يجوز (وأما) بيان قسمة الغنائم فنقول وبالله التوفيق القسمة نوعان قسمة حمل ونقل وقسمة ملك (أما) قسمة الحمل فهي ان عزت الدواب ولم يجد الامام حمولة يفرق الغنائم على الغزاة فيحمل كل رجل على قدر نصيبه الى دار الاسلام ثم يستردها منهم فيقسمها قسمة ملك وهذه القسمة جائزة بلا خلاف ولا تكون قسمة ملك كالمودعين يقتسمان الوديعة ليحفظ كل واحد منهما بعضها جاز ذلك وتكون قسمة ملك فكذا هذا (وأما) قسمة الملك فلا تجوز في دار الحرب عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله تجوز وهذا الاختلاف مبني على أصل وهو أن الملك هل يثبت في الغنائم في دار الحرب للغزاة فعندنا لا يثبت الملك أصلاً فيها لا من كل وجه ولا من وجه ولكن ينعقد بسبب الملك فيها على أن نصير علة عند الأحرار بدار الاسلام وهو تفسير حق الملك أو حق التملك عندنا وعنده يثبت الملك قبل الأحرار بدار الاسلام بعد الفراغ من القتال قولاً واحداً وله في حال فور الهزيمة قولان ويبنى على هذا الأصل مسائل (منها) أنه اذا مات واحد من الغانمين في دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعندنا يورث والله تعالى أعلم (ومنها) أن المدد اذا لحق الجيش فاحرزوا الغنائم جملة الى دار الاسلام يشاركونهم فيها عندنا وعندنا لا يشاركونهم (ومنها) أنه اذا أتلف واحد من الغانمين شيئاً من الغنيمة لا يضمن عندنا وعندنا يضمن (ومنها) أن الامام اذا باع شيئاً من الغنائم لا الحاجة الغزاة لا يجوز عندنا وعندنا يجوز (ومنها) أن الامام اذا قسم الغنائم في دار الحرب مجاز فغير مجتهد ولا معتقد جواز القسمة لا تجوز عندنا وعندنا تجوز (فاما) اذا رأى الامام القسمة فقسمها نفذت قسمته بالاجماع وكذلك لو رأى البيع فباعها لانه حكم امضاءه في محل الاجتهاد بالا جتهاد فينفذ (وجه) قول الشافعى رحمه الله ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وقسم غنائم أوطاس باوطاس وقسم غنائم بني المصطلق في ديارهم وقسم غنائم بدر بالجرانة وهي وادي من أودية بدر وأدنى ما يحمل عليه فعل النبي عليه الصلاة والسلام هو الجواز والاباحة ولانه وجد الاستيلاء على مال مباح فيفيد الملك استئذ لا بالاستيلاء على الحطب والحشيش ولا شك أن المستولى عليه مال مباح لانه مال الكافر وانه مباح والدليل على تحقق الاستيلاء ان الاستيلاء عبارة عن اثبات اليد على المحل وقد وجد ذلك حقيقة وانكار الحقائق مكابرة ورجعة الكفار بعد انهم واستردادهم أمر موهوم لا دليل عليه فلا يعتبر (ولنا) أن الاستيلاء انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ولم يوجد ههنا لان ملك الكفرة قائم لان ملك الكفرة كان ثابتاً لهم والملك متى ثبت لا يزل الا بالزول أو يخرج المحل من أن يكون منتفعاً به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الانتفاع به دفعا للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شيء من ذلك (أما) الازالة وهلاك المحل فظاهر العدم (وأما) قدرة الكفرة على الانتفاع بما هو لهم فلان الغزاة ما داموا في دار الحرب فلا استرداد ليس بنادر بل هو ظاهر أو محتمل احتمالاً على السواء والملك كان ثابتاً لهم فلا يزل مع الاحتمال وأما الاحاديث فاما غنائم خيبر وأوطاس والمصطلق فانما قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم في تلك الديار لانه افتتحها فصارت ديار الاسلام (وأما) غنائم بدر فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قسمها بالمدينة فلا يصح الاحتجاج

به مع التعارض ثم الملك ان لم يثبت للغزاة في الغنائم في دار الحرب فقد ثبت الحق لهم حتى يجوز لهم الانتفاع بهما من غير حاجة على ما ذكره ولو لا تعلق الحق لجازلانه يكون مالا مباحا وكذا الووصى واحد من الغزاة جارية من المغنم لا يجب عليه الحد لان له فيها حقا فاورث شبهة في درء الحد ولا يجب عليه العقر أيضا لانه بالوطء أتلّف جزأ من منافع بضعها ولو أتلّفها لا يضمن فمهما أولى ولا يثبت النسب أيضا لو ادعى الولدان ثبات النسب معتمد الملك أو الحق الخاص ولا ملك ههنا والحق عام وكذا لو أسلم الاسير في دار الحرب لا يكون حرا ويدخل في القسمة لتعلق حق الغانمين به بنفسه الاخذ والاستيلاء فاعتراض الاسلام عليه لا يبطله بخلاف ما اذا أسلم قبل الاسر أنه يكون حرا ولا يدخل في القسمة لان عند الاخذ والاستيلاء لم يمتنع به حق أحد فكان الاسلام دافعا للحق لا رافعا لايه على ما بينا (وأما) بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت الملك أو يتأكد الحق ويتقرر لان الاستيلاء الثابت انعقد سببا لثبوت الملك أو تأكد الحق على ان يصير علة عند وجود شرطها وهو الاحراز بدار الاسلام وقد وجد فتجوز القسمة ويجرى فيه الارث ويضمن المتلف وينقطع شركة المدد ونحو ذلك الا انه لو أعتق واحد من الغانمين عبد آمن المغنم لا ينفذ اعتاقه استحسانا لان تقاذل اعتاق يقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بالقسمة فاما الموجود قبل القسمة فملك عام أو حق متأكد وانه لا يمتنع الاعتاق لكنه يمتنع الارث والقسمة ويكفي لا يجاب الضمان وانقطاع شركة المدد على ما بينا وكذلك لو استولد جارية من المغنم وادعى الولد لا تصير أم ولد واستحسانا لما بينا ان إثبات النسب وأمومية الولد يقفان على ملك خاص وذلك بالقسمة أو حق خاص ولم يوجد ويلزمه العقر لان الملك العام أو الحق الخاص يكون مضمونا بالاتلاف (وأما بعد) القسمة فيثبت الملك الخاص لكل واحد منهم في نصيبه لان القسمة افراز الانصباء وتعيينها ولو قسم الامام الغنائم فوقع عبد في سهم رجل فاعتقه لا شك انه ينفذ اعتاقه لان الاعتاق صادف مكا خاصا فاما اذا وقع في سهم جماعة منهم عبد فاعتقه أحد هم ينفذ اعتاقه عند أبي حنيفة قل الشركاء أو كثروا (وروى) عن أبي يوسف ان كانوا عشرة أو أقل منها ينفذ اعتاقه وان كانوا أكثر من ذلك لا ينفذ فابو حنيفة رحمه الله نظر في خصوص الملك الى القسمة وأبو يوسف الى ان عدد الصحيح نظر أبي حنيفة لان القسمة تميز وتعيين فكانت قاطعة لعموم الشركة مخصصة للملك وان كثر العدد والله سبحانه ونعالي أعلم ولو أخذ المسلمون غنيمة ثم غلبهم العدو فاستنفذوها من أيديهم ثم جاء عسكر آخر فاخذها من العدو فاخرجوها الى دار الاسلام ثم اختصم الفريقان نظري ذلك فان كان الاولون لم يقتسموها ولم يحرزوها بدار الاسلام فالغنيمة للآخرين لان الاولين لم يثبت لهم الا مجرد حق غير متقرر وقد ثبت للآخرين ملك عام أو حق متقرر يجري مجرى الملك فكانوا أولى بالغنائم وان كان الاولون قد اقتسموها فالقسمة لهم وان كانوا لم يحرزوها بدار الاسلام لانهم ملكوها بالقسمة ملكا خاصا فاذا غلبهم الكفار فقد استولوا على أملاكهم فان وجدوها في يد الآخر بن قبل القسمة أخذوها بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان شاؤا كما في سائر أموالهم التي استولى عليها العدو ثم وجدوها في يد الغانمين قبل القسمة وبعدها وان كانوا لم يقتسموها ولكنهم أحرزوها بدار الاسلام فان وجدوها بعد قسمة الآخرين فلا خرون أولى لان الثابت لهم ملك خاص بالقسمة والثابت للآخرين ملك عام أو حق متقرر عام فكان اعتبار الملك الخاص أولى (وأما) اذا وجدها قبل قسمة الآخرين ففيه روايتان ذكر في الزيارات أن الاولين أولى وذكر في السير الكبير ان الآخرين أولى (وجه) رواية الزيارات ان الثابت لكل واحد من الفريقين وان كان هو الحق المتأكد لكن نقض الحق بالحق جائز لان الشيء يحتمل الانتفاض بمثله كما في النسخ ولهذا جاز نقض الملك بالملك (وجه) الرواية الاخرى ان حق الآخرين ثابت متقرر وحق الاولين زائل ذاهب فاستصحاب الحالة الثابتة أولى اذ هو يصلح للترجيح وهذا هو القياس في الملك فكان ينبغي ان لا ينتقض الحادث بالقديم الا ان النقض هناك ثبت نصا (بخلاف) القياس فيقتصر على مورد النص هذا اذا كان الكفار أحرزوا الاموال بدار الحرب فان كانوا لم يحرزوها حتى أخذها الفريق الآخر من المسلمين منهم

في دار الاسلام فالغنائم للاولين سواء قسمها الا آخرون أو لم يقسموها لان الكفار لا يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء الا بعد الاحراز بدار الحرب ولم يوجد فكانت الغنائم في حكم بدالاولين مادامت في دار الاسلام فكان الآخرون أخذوه من أيدي الاولين فيلزمهم الرد عليهم الا اذا كان الامام قسمها بين الآخرين ورأيه ان الكفرة قد ملكوها بنفس الاخذ والاستيلاء وان كانوا في دار الاسلام كما هو مذهب بعض الناس فكانت قسمة في محل الاجتماع فتتخذ وتكون للآخرين والله تعالى أعلم هذا الذي ذكرنا من كون الاحراز بدار الاسلام شرطاً لثبوت الملك في الغنائم المشتركة (وأما) الغنائم الخالصة وهي الاقالع فهل هو شرط فيها (قال) بعض المشايخ انه شرط عند أبي حنيفة حتى لا يثبت الملك بينهما قبل الاحراز بدار الاسلام (وعند) محمد ليس بشرط فيثبت الملك فيها بنفس الاخذ والاصابة استدلالاً بمسئلة ظهر فيها اختلاف وهي ان الامام اذا نقل فقال من أصاب جارية فتهي له فاصاب رجل من المسلمين جارية فاستبرأها في دار الحرب بحبيضة لا يحل له وطؤها (عند) أبي حنيفة وعند محمد يحل (وقال) بعضهم الاحراز بالدار ليس بشرط لثبوت الملك في الاقالع بالاجماع واختلافهما في تلك المسئلة لا يدل على الاختلاف في ثبوت الملك لانه كما اظهر الاختلاف بينهما في النقل فقد ظهر الاختلاف في الغنيمة المقسومة فان الامام اذا قسم الغنائم في دار الحرب فاصاب رجلاً جارية فاستبرأها بحبيضة فهو على الاختلاف وكذا لو رأى الامام يبيع الغنائم فباع من رجل جارية فاستبرأها المشتري بحبيضة فهو على الاختلاف (ولا خلاف) بين أصحابنا في الغنائم المقسومة انه لا يثبت الملك فيها قبل الاحراز بدار الاسلام دل ان منشأ الخلاف هناك شيء آخر وراء ثبوت الملك وعدمه والصحيح ان ثبوت الملك في النقل لا يقف على الاحراز بدار الاسلام بين أصحابنا بخلاف الغنائم المقسومة لان سبب الملك قد تحق وهو الاخذ والاستيلاء ولا يجوز تأخير الحكم عن سبب الضرورة وفي الغنائم المقسومة ضرورة وهي خوف شر الكفرة لانه لو ثبت الملك بنفس الاخذ لاشتغلوا بالقسمة ولتسارع كل أحد الى احراز نصيبه بدار الاسلام وتفرق الجمع وفيه خوف توجه الشر عليهم من الكفرة فتأخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في الاقالع لانها خالصة غير مقسومة فلا معنى لتأخير الحكم عن السبب والدليل على التفرقة بينهما ان المدد اذا لحق الجيش لا يشارك المنقل له كما بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة وكذا لومات المنقل له يورث نصيبه كما لومات بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة فيثبت بهذه الدلائل ان الملك في النقل لا يقف على الاحراز بالدار بلا خلاف بين أصحابنا إلا ان هذا النوع من الملك لا يظهر في حق حل الوطء عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لا يدل على عدم الملك أصلاً ألا ترى ان حل الوطء قد يمنع مع قيام الملك لعوارض من الحيض والنفاس والمحرمية والصهرية ونحو ذلك ثم إن ما لم يثبت الحل هناك مع ثبوت الملك لانه ملك متزلزل غير مقرر لا احتمال الزوال ساعة فساعة لان الدار دارهم فكان احتمال الاسترداد قائماً ومتى استردوا يرتفع السبب من حين وجوده ويلتحق بالعدم اما من كل وجه أو من وجهه فتبين ان الوطء لم يصادف محله وهو الملك المطلق ولهذا والله تعالى أعلم قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه انه لا يحل وطؤها بعد قسمة الامام وبيعه اذا رأى ذلك وان وقعت قسمته جائزة وبيعه نافذاً مفيداً للملك في هذه الصورة كما ذكرنا من المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان) ما يجوز به الانتفاع من الغنائم وما لا يجوز فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في بيان ما ينتفع به منها (والثاني) في بيان من ينتفع به (أما الاول) فلا بأس بالانتفاع بالمأكل والمشرب والعلف والخطب منها قبل الاحراز بدار الاسلام فقيراً كان المنتفع أو غنياً العموم الحاجة الى الانتفاع بذلك في حق الكل فانهم لو كلفوا حملها من دار الاسلام الى دار الحرب مدة ذهابهم وإيلابهم ومقامهم فيها لوقعوا في حرج عظيم بل يتعذر عليهم ذلك فسهط اعتبار حق كل واحد من الغانمين في حق صاحبه والتحقق بالعدم شرعاً والتحقق هذه المحال بالمباحات الاصلية لهذه الضرورة وكذلك كل ما كان مأكولاً مثل السمن والزيت والخل لا

بأس أن يتناول الرجل ويدهن به نفسه ودابته لأن الحاجة إلى الانتفاع بهذه الأشياء قبل الإحراز بدار الإسلام
لازمة وما كان من الأدهان لا يؤكل مثل البنفسج والخيرى فلا ينبغي أن ينتفع به لأن الانتفاع به ليس من الحاجات
اللازمة بل من الحاجات الزائدة ولا ينبغي أن يبيعوا شيئا من الطعام والعلف وغير ذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا
فضة ولا عرض لأن إطلاق الانتفاع واستقاط اعتبار الحقوق والحقا بالعدم للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة في
البيع ولأن محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس بمالك لأن الإحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد فإن
باع رجل شيئا رد الثمن إلى الغنيمة لأن الثمن بدل مال تعلق به حق الغانمين فكان مردودا إلى المغنم ولو أحرزوا شيئا من
ذلك بدار الإسلام وهو في أيديهم وإن كانت لم تقسم الغنائم ردوها إلى المغنم لا ندفاع الضرورة وإن كانت قد
قسمت الغنيمة فإن كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء وإن كانوا فقراء انتفعوا به لتعذر قسمته على الغزاة لكثرتهم
وقلته فاشبه اللقطة والله سبحانه وأعلم هذا إذا كانت قائمة بعد القسمة فإن كان انتفع بها بعد القسمة فإن كان غنيا تصدق
بقيمته على الفقراء لأنه أكل مالا لو كان قائما لكان سبيله التصديق لكونه مالا يتعلق به حق الغانمين وتعذر صرفه
إليهم لقلته وكثرتهم فيقوم بدله مقامه وهو قيمته وإن كان فقيرا لم يجب عليه شيء لأنه أكل مالا لو كان قائما لكان له أن
يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما ما سوى المأكول والمشروب والعلف والخطب فلا ينبغي أن ينتفعوا به لأن حق
الغانمين متعلق به وفي الانتفاع إبطال حقهم إلا أنه إذا احتاج إلى استعمال شيء من السلاح أو الدواب أو الثياب
فلا بأس باستعماله بأن انقطع سيفه فلا بأس بأن يأخذ سيفاً من الغنيمة فيقاتل به لكنه إذا استغنى عنه رده إلى المغنم
وكذا إذا احتاج إلى ركوب فرس أو لبس ثوب إذا دفع حاجته بذلك رده إلى المغنم لأن هذا موضع الضرورة أيضا لكن
الثابت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة حتى أنه لو أراد أن يستعمل شيئاً من ذلك وقاية لسلاحه ودوابه وثيابه
وصيانة لها فلا ينبغي له ذلك لأن عدم تحقق الضرورة وهكذا إذا ذبحوا البقر والغنم وأكلوا اللحم وردوا الجلود
إلى المغنم لأن الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان من ينتفع بالغنائم فنقول أنه
لا ينتفع بها إلا الغانمون فلا يجوز للتجار أن يأكلوا شيئا من الغنيمة إلا بثمن لأن سقوط اعتبار حق كل واحد من
الغانمين في حق صاحبه لمكان الضرورة ولا يجوز اسقاط اعتبار الحقيقة من غير ضرورة ولا ضرورة في حق غيرهم
وللغانمين أن يأكلوا ويطعموا عبيدهم ونساءهم وصبيانهم لأن اتفاق الرجل على هؤلاء اتفاق على نفسه لأن نفقتهم
عليه والأصل أن كل من عليه نفقته فله أن يطعمه ومن لا فلا ولا يجوز لاجير الرجل للخدمة أن يأكل منه لأن
نفقته على نفسه لا عليه وللمرأة إذا دخلت دار الحرب لمداداة المرضى والجرحى أن تأكل وتعلف دابتها وتطعم رقيقها
لأن المرأة تستحق الرضخ من الغنيمة فكانت من الغانمين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية قسمة الغنائم
وبيان مصارفها فنقول وبالله التوفيق الغنائم تقسم على خمسة أسهم منها وهو خمس الغنيمة لأربابه وأربعة أخماسها
للغانمين أما الخمس فالكلام فيه في بيان كيفية قسمة الخمس وفي بيان مصرفه فنقول لا خلاف في أن خمس
الغنيمة في حال حياة النبي عليه الصلاة والسلام كان يقسم على خمسة أسهم سهم للنبي عليه الصلاة والسلام وسهم
لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لآباء السبيل قال الله تبارك وتعالى واعلموا أنما غنمتم
من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذوي القربى ولليتامى والمساكين وابن السبيل وإضافة الخمس إلى الله تعالى يحتمل
أن يكون لكونه مصرفا إلى وجوه القربى التي هي لله تبارك وتعالى وهي قوله سبحانه وتعالى وللرسول ولذوي
القربى الآية على ما تضاف المساجد والكعبة إلى الله سبحانه وتعالى لكونها مواضع إقامة العبادات والقربى التي
هي لله تعالى ويحتمل أن يكون تعظيماً للخمس على ما والأصل في إضافة جزئية الأشياء إلى الله سبحانه وتعالى
أنها تخرج مخرج تعظيم المضاف كقوله تعالى: "وبيت الله" ويحتمل أن يكون لخلوصه لله تعالى بخروجه عن تصرف
الغانمين كقوله تعالى الملك يومئذ لله والملك في كل الأيام كما لله تعالى لكن خص سبحانه وتعالى ذلك اليوم بالملك له

فيه لا تقطع تصرف الا غيار والله تعالى أعلم ثم اختلف العلماء في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي سهم ذوى القربى بعد وفاته أما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال علماء نزار رحمهم الله انه يسقط بعد وفاته عليه الصلاة والسلام وقال الشافعى رحمه الله انه لم يسقط ويصرف الى الخلفاء لانه عليه الصلاة والسلام انما كان يأخذه كفاية له لا شتغاله بمصالح المسلمين والخلفاء بعده مشغولون بذلك فيصرف سهمهم اليهم كفاية لهم (ولنا) أن ذلك الخمس كان خصوصية له عليه الصلاة والسلام كالصنف الذى كان له خاصة والنبي وهو المألية الذى لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ثم لم يكن لا حد خصوص من النبي والصنف فكذا يجب أن لا يكون لا حد خصوص من الخمس ولهذا لم يكن للخلفاء الراشدين بعده يحققة أنه لو بقى بعده لكان بطريق الارث وقد قال عليه الصلاة والسلام انما معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) سهم ذوى القربى فقد قال الشافعى رحمه الله انه باق ويصرف الى أولاد بنى هاشم من أولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنها وغيرها يستوى فيه فقيرهم وغنيهم (وأما) عندنا فعلى الوجه الذى كان بقى واختلف المشايخ فيه أنه كيف كان والصحيح أنه كان لقراء القرابة دون أغنيائهم يعطون لفقرهم وحاجتهم لا لآرائهم وقد بقى كذلك بعد وفاته فيجوز أن يعطى قراء قرابته عليه الصلاة والسلام كفايتهم دون أغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء ويجاوزهم من الخمس أيضا لما لاحظ لهم من الصدقات لكن يجوز أن يعطى غيرهم من قراء المسلمين دونهم فيقسم الخمس عندنا على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لآبناء السبيل ويدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم شيء وعند الشافعى رحمه الله لذوى القربى سهم على حدة يصرف الى غنيهم وفقيرهم احتج الشافعى رحمه الله بقوله تعالى واعلموا انما غنمنا من شيء فان الله خمسة وللرسول ولذوى القربى الآية فان الله تعالى جعل سهمها لذوى القربى وهم القرابة من غير فصل بين الفقير والغنى وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم الخمس على خمسة أسهم وأعطى سهمها لذوى القربى ولم يعرف له ناسخ في حال حياته ولا نسخ بعد وفاته (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن فى كتاب السير ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا عليا رضى الله عنهم قسموا الغنائم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لآبناء السبيل بمحض من الصحابة الكرام ولم ينكر عليهم أحد فيكون اجماعهم على ذلك وبه تبين أن ليس المراد من ذوى القربى قرابة الرسول عليه الصلاة والسلام اذ لا يظن بهم مخالفة كتاب الله تعالى ومخالفة رسوله عليه الصلاة والسلام فى فعله ومنع الحق عن المستحق وكذا لا يظن بمن حضرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم السكوت عما لا يحل مع ما وصفهم الله تعالى بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وكذا ظاهر الآية الشريفة يدل عليه لان اسم ذوى القربى يتناول عموم القرابات ألا ترى الى قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون ولم يفهم منه قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقرابين لم ينصرف الى قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وما روى أنه قسم عليه الصلاة والسلام الخمس على خمسة أسهم فأعطى عليه الصلاة والسلام ذى القربى سهمان نعم لكن الكلام فى أنه أعطاهم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقرابين ولم ينصرف الى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم وفقيرهم وحاجتهم أو لقربائهم وقد علمنا بقسمة الخلفاء الراشدين رضى الله تعالى عنهم أنه أعطاهم لحاجتهم وفقيرهم لا لقربائهم والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام كان يشدد فى أمر الغنائم فتناول من وبر بعير وقال ما يحصل لى من غنائمكم ولا وزن هذه الوبرة الا الخمس وهو مردود فيكم ردوا الخيط والخيط فان الغلول عار ونار وشنار على صاحبه يوم القيامة لم يخص عليه الصلاة والسلام القرابة بشيء من الخمس بل عم المسلمين جميعا بقوله عليه الصلاة والسلام والخمس مردود فيكم فدل أن سييلهم سبيل سائر فقراء المسلمين يعطى من يحتاج منهم كفايته والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعطى أى فريق اتفق من ساهم الله تعالى جاز لان ذكر هؤلاء الاصناف لبيان المصارف لا لايحباب الصرف الى كل صنف منهم شيئا بل لتعيين المصروف حتى لا يجوز الصرف الى غير هؤلاء

كفاي الصدقات والله تعالى أعلم وأما الكلام في الأربعة الأخماس ففي موضعين في بيان من يستحق السهم منها ومن لا يستحق وفي بيان مقدار الاستحقاق أما الأول فالذي يستحق السهم منها هو الرجل المسلم المقاتل وهو أن يكون من أهل القتال ودخل دار الحرب على قصد القتال وسواء قاتل أو لم يقاتل لأن الجهاد والقتال أرهاب العدو وذا كما يحصل بمباشرة القتل يحصل بثبات القدم في صف القتال ردًا للمقاتلة خشية كرا العدو عليهم وكذا روى أن أصحاب بدر كانوا اثلاً ثالثاً في نحر العدو ويقتلون ويأسرون وثلاث يجمعون الغنائم وثلاث يكونون رداً لهم خشية كرا العدو عليهم وسواء كان مريضاً أو صحيحاً شاباً أو شيخاً حراً أو عبداً أو ذنباً بالقتال لأنهم من أهل القتال (فأما) المرأة والصبي العاقل والذمي والعبد المحجور فليس لهم سهم كامل لأنهم ليسوا من أهل القتال ألا ترى أنه لا يجب القتال على الصبي والذمي أصلاً ولا يجب على المرأة والعبد إلا عند الضرورة وهي ضرورة عموم النفي ولذلك لم يستحقوا كمال السهم ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يعطى العبيد والصبيان والنسوان سهماً كاملاً من الغنائم وكذا لا سهم للتاجر لأنه لم يدخل الدار على قصد القتال إلا إذا قاتل مع العسكر فإنه يستحق ما يستحقه العسكر لأنه تبين أنه دخل الدار على قصد القتال فكان مقاتلاً ولا سهم للاجيراً لعدم الدخول على قصد القتال فإن قاتل نظر في ذلك أن ترك الخدمة فقد دخل في جملة العسكر وإن لم يترك فلا شيء له أصلاً لأنه إذا لم يترك تبين أنه لم يدخل على قصد القتال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان مقدار الاستحقاق وبيان حال المستحق وهو المقاتل فنقول وبالله التوفيق المقاتل إما أن يكون راجلاً (وأما) أن يكون فارساً فإن كان راجلاً فله سهم واحد وإن كان فارساً فله سهمان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وبه أخذ الشافعي رحمه الله وروايات الأخبار تعارضت في الباب روى في بعضها أنه عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين وفي بعضها أنه عليه الصلاة والسلام قسم له ثلاثة أسهم إلا أن رواية السهمين عاصدها القياس وهو أن الرجل أصل في الجهاد والفرس تابع له لأنه آلة ألا ترى أن فعل الجهاد يقوم بالرجل وحده ولا يقوم بالفرس وحده فكان الفرس تابعاً في باب الجهاد ولا يجوز تنفيل التبعية على الأصل في السهم وأخبار الآحاد إذا تعارضت فالعمل بما عاصده القياس أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى فيه العتيق من الخيل والفرس والبرذون لأنه لا فضل في النصوص بين فارس وفارس ولا أن يستحق سهم الفرس لحصول أرهاب العدو به والله سبحانه وتعالى وصف جنس الخيل بذلك بقوله تبارك وتعالى ومن رباط الخيل زهبون به عدو الله وعدوكم فلا يفصل بين نوع ونوع ولا يسهم لا أكثر من فرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله وعند أبي يوسف يسهم لفرسين (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله أن الغازي تقع الحاجة له إلى فرسين يركب أحدهما ويجنب الآخر حتى إذا أعيا المركوب عن الكر والفر تحول إلى الجنينة (وجه) قولهم أن الأسهم للخيل في الأصل ثبت على مخالفة القياس لأن الخيل آلة الجهاد ثم لا يسهم لسائر آلات الجهاد فكذلك الخيل إلا أن الشرع ورد به كفرس واحد فالزيادة على ذلك ترد إلى أصل القياس على أن ورود الشرع أن كان معلولاً بكونه آلة مرهبة للعدو بخلاف سائر الآلات فالمعتبر هو أصل الأرهاب بدليل أنه لا يسهم لما زاد على فرسين بالاجتماع مع أن معنى الأرهاب يزداد بزيادة الفرس ثم اختلف في حال المقاتل من كونه فارساً أو راجلاً في أي وقت يعتبر وقت دخوله دار الحرب أم وقت شهود الواقعة فعندنا يعتبر وقت دخول دار الحرب إذا دخلها على قصد القتال وعند الشافعي رحمه الله يعتبر وقت شهود الواقعة حتى أن الغازي إذا دخل دار الحرب فارساً فمات فرسه أو نفراً وأخذ العدو فله سهم الفرسان عندنا وعندده لهما سهم الرجالة واحتج بما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال الغنيمة لمن شهد الواقعة ولأن استحقاق الغنيمة بالجهاد ولم يوجد وقت دخول دار الحرب لأن الجهاد بالمقاتلة ودخول دار الحرب من باب قطع المسافة لا من باب المقاتلة (ولنا) أن الله تبارك وتعالى جعل الغنائم للمجاهدين قال سبحانه وتعالى فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً

وقال تعالى عز شأنه واعلموا انما غنمتم من شيء وقال جلّت عظمته وكبر ياؤه وعدكم الله مغنم كثيرة تأخذونها وقال سبحانه وتعالى واذ بعدكم الله احدي الطائفتين انها لكم وغير ذلك من النصوص والذي جاوز الدرب فارسا على قصد القتال مجاهد لوجهين أحدهما أن المجاوزة على هذا الوجه ارباب العدو وانه جهاد والدليل على انه ارباب العدو وانه جهاد قوله عز وجل ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ولان دار الحرب لا تخلو عن عيون الكفار وطلانهم فاذا دخلها جيش كثيف رجالا وركباناً فالجواسيس يخبرونهم بذلك فيقع الرعب في قلوبهم حتى يتركوا القرى والرساتيق هربا الى القلاع والحصون المنيعه فكان مجاوزة الدرب على قصد القتال ارباب العدو وانه جهاد والثاني ان فيه غيظ الكفرة وكتبهم لان وطء أرضهم وعقد دارهم مما يغيظهم قال الله تبارك وتعالى ولا يطؤون موطئا يغيظ الكفار وفيه قهرهم وما الجهاد الا قهر أعداء الله تعالى لا عزاز دينه واعلاء كلمته فدل ان مجاوزة الدرب فارسا على قصد القتال جهاد ومن جاهد فارسا فله سهم الفرسان ومن جاهد راجلا فله سهم الرجلان بقوله عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم وأما أمر سيدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل انه قال ذلك في وقعة خاصة بان وقع القتال في دار الاسلام أو في أرض فتحت عنوة وقهرأ ثم لحق المدد أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان صيانة لها عن التناقض ونحن به نقول ان المدد لا يشاركونهم في الغنمة في تلك الوقعة الا اذا شهدوها ولا كلام فيه وعلى هذا اذا دخل راجلا ثم اشترى فرسا أو استأجر أو استعار أو وهب له فله سهم الرجل عندنا لا اعتبار وقت الدخول وعند الشافعي له سهم الفرسان لا اعتبار وقت الشهود وقال الحسن رحمه الله في هذه الصورة اذا قاتل فارسا فله سهم فارس وعلى هذا اذا دخل فارسا ثم باع فرسه أو أجره أو وهبه أو أعاره فقاتل وهو راجل فله سهم راجل ذكره في السير الكبير وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان له سهم فارس وسوى على هذه الرواية بين البيع والموت وبين البيع قبل شهود الوقعة وبعدها والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المجاوزة فارسا على قصد القتال دليل الجهاد فارسا ولما باع فرسه تبين انه لم يقصد به الجهاد فارسا بل قصد به التجارة وكذا هذا في الاجارة والاعارة والرهن بخلاف ما بعد شهود الوقعة لان البيع بعده لا يدل على قصد التجارة لان الغاى لا يبيع فرسه ذلك الوقت لفصد التجارة عادة بل لقصد ثبات القدم والتشمر للقتال بعامة ما في وسعه وامكانه والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان كيفيته أما الاول فنقول لا خلاف في أن الكفار اذا دخلوا دار الاسلام واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم انهم لا يملكونها حتى لو ظهر عليهم المسلمون وأخذوا ما في أيديهم لا يصير ملكا لهم وعليهم ردها الى أربابها بغير شيء وكذا لو قسموها في دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فأخذوها من أيديهم أخذها أصحابها بغير شيء لان قسمتهم لم تجز لعدم الملك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة بخلاف قسمة الامام الغنائم في دار الحرب انها جائزة وان لم يثبت الملك فيها في دار الحرب لان قسمة الامام انما تجوز عندنا اذا اجتهد وأفضى رأيه الى الملك حتى لو قسم مجازفة لا تجوز على أن القسمة هناك قضاء صدر من امام جائز القضاء ولم يوجد ههنا ولا خلاف في انهم أيضا اذا استولوا على رقاب المسلمين ومدبريهم وأمهات أولادهم ومكاتبهم انهم لا يملكونهم وان أحرزهم بالدار واختلف فيما اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب قال علماءنا يملكونها حتى لو كان المستولى عليه عبدا فاعتقه الحر بنى أو باعه أو كاتبه أو دبره أو كانت أمة فاستولدها جاز ذلك خاصة وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها وجه قوله انهم استولوا على مال معصوم والاستيلاء على مال معصوم لا يفيد الملك كاستيلاء المسلم على مال المسلمين واستيلائهم على الرقاب وانما قلنا ذلك لان عصمة مال المسلم ثابتة في حقهم لانهم يخاطبون بالحر مات اذا بلغتهم الدعوة وان اختلفوا في العبادات والاستيلاء يكون محظورا والمحظور

لا يصلح سبباً للملك (ولنا) انهم استولوا على مال مباح غير مملوك ومن استولى على مال مباح غير مملوك يملكه كمن استولى على الحطب والحشيش والصيد ودلالة ان هذا الاستيلاء على مال مباح غير مملوك ان ملك المالك يزول بعد الاحراز بدار الحرب فتزول العصمة ضرورة بزوال الملك والدليل على زوال الملك ان الملك هو الاختصاص بالحل في حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف في الحل وقد زال ذلك بالا حراز بالدار لان المالك لا يمكنه الانتفاع به الا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح والقاء النفس في التهلكة وغيره قد لا يوافقه ولو وافقه فقد لا يظفر به ولو ظفر به قلما يمكنهم الاسترداد لان الدار دارهم وأهل الدار يذبحون عن دارهم فاذا زال معنى الملك أو ما شرع له الملك يزول الملك ضرورة وكذلك لو استولوا على عبيد نافه على هذا الاختلاف لان العبد مال قابل للتملك بالاستيلاء ولهذا يحتمل التملك بسائر أسباب الملك بخلاف الاحرار والمديرين والمكاتبين وأمهات الاولاد وهذا اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على عبيد المسلمين وأحرارهم بدار الحرب فاما اذا أبق عبيد أو أمهات ولحق بدار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يملكونه وجه قولهم ما انهم استولوا على مال مباح غير مملوك فيملكونه قياساً على الدابة التي نذت من دار الاسلام الى دار الحرب فأخذها الكفار وسائر أموال المسلمين التي استولوا عليها والدليل على انهم استولوا على مال مباح غير مملوك انه كما دخل دار الحرب فقد زال ملك المالك لما ذكرنا في المسألة الاولى وزوال الملك لا يوجب زوال المالية ألا ترى أنه لا يوجب زوال الرق (وجه) قول أبي حنيفة ان الاستيلاء لم يصادف محله فلا يفيد الملك قياساً على الاستيلاء على الاحرار والمديرين والمكاتبين وأمهات الاولاد ودلالة ان الاستيلاء لم يصادف محله ان محل الاستيلاء هو المال ولم يوجد لان المالية في هذا المحل انما ثبتت ضرورة ثبوت الملك للغانمين لان الاصل فيه هو الحرية وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك كما ذكرنا في المسألة المتقدمة فتزول المالية الثابتة ضرورة ثبوتها فكان ينبغي ان يزول الرق أيضاً الا انه بقي شراً بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص بخلاف الدابة لان المالية فيها لا تثبت ضرورة ثبوت الملك لانها مال والاموال كلها محل لثبوت الملك وبخلاف الباقي المتردد في دار الاسلام لان الاستيلاء حقيقة صادفه وهو مال مملوك فكان ينبغي ان يثبت الملك للحال لوجود سببه الا أنه تأخر الى وقت الاحراز بالدار المانع وهو ملك المالك فاذا أحرزوه بدارهم فقد زال المانع زال الملك فيعمل الاستيلاء السابق وعمله في اثبات الملك والمالك لا يثبت الا في المال فبقيت المالية ضرورة المرء هنا لا استيلاء حال كونه مالا أصلاً وبعد ما وجد الاستيلاء لا مالية لزوال الملك فلم يصادف الاستيلاء محله فلا يفيد الملك والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية الحكم فنقول ملك المسلم يزول عن ماله باستيلاء الكفار عليه ويثبت لهم عندنا على وجهه له حق الاعادة اما بعوض أو بغير عوض حتى لو ظهر عليهم المسلمون فاخذوها وأحرزوها بدار الاسلام فان وجد المالك القديم قبل القسمة أخذه بغير شيء سواء كان من ذوات القسيم أو من ذوات الامثال وان وجدته بعد القسمة فان كان من ذوات الامثال لا يأخذه لانه لو أخذه لا أخذه بمثله فلا يفيد وان لم يكن من ذوات الامثال يأخذه بقيمته ان شاء لان الأخذ بالقيمة مراعاة للجانبين جانب الملك القديم بايصاله الى قديم ملكه الخاص المأخوذ منه بغير عوض وجانب الغانمين بصيانة ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض فكان الأخذ بالقيمة نظراً للجانبين ومراعاة للحقين بخلاف ما اذا وجدته قبل القسمة انه يأخذه بغير شيء لان الثابت للغانمين قبل القسمة بعد الاحراز ليس الا الحق المتأكد أو الملك العام فكانت الاعادة الى قديم الملك رعاية للملك الخاص أولى وقد روي أن بعيراً لرجل من المسلمين استولى عليه أهل الحرب ثم ظهر عليهم المسلمون فوجدته صاحبه في المغنم فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة وكذلك لو كان الحربى باع المأخوذ من المسلمين ثم ظهر عليه المسلمون فان المالك القديم يأخذه قبل القسمة بغير شيء وبعد القسمة بالقيمة لانه باعه مستحق الاعادة الى قديم

المالك فبقى كذلك ولو كان المستولى عليه مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد ثم ظهر عليه المسلمون فأخرجوه إلى دار الإسلام
أخذه المالك القديم بغير شيء قبل القسمة وبعدها لأنه حر من وجهه والحر من وجهه أو من كل وجه لا يحتمل التملك
بالاستيلاء ولهذا لا يحتمله بسائر أسباب الملك فإذا حصلوا في أيدي الغانمين وجب ردهم إلى المالك القديم ولو وهب
الحر بنى مملكته بالاستيلاء لرجل من المسلمين أخذه المالك القديم بالقيمة إن شاء لأن فيه نظر اللجانين على ما بينا
وكذلك لو باعه من مسلم بعوض فاسد بان باع من مسلم عبد المسلم بخمر أو خنزير أخذه صاحبه بقيمة العبد لأن تسمية
الخنزير والخنزير لم تصح فكان هذا بيعاً فاسداً أو البيع الفاسد مضمون بقيمة المبيع فصار كأنه اشتراه بقيمته ولو لم يكن
العوض فاسداً أخذه بالثمن الذي اشتراه به إن شاء إن كان اشتراه بخلاف جنسه لأن الأخذ عند اختلاف الجنس
مفيد وكذلك لو كان اشتراه بجنسه لكن بأقل منه فإنه يأخذه بمثل ما اشتراه ولا يكون هذا إلا بالفضل
مال قصداً استحقاقه بالبيع من غير عوض يقابله والمالك القديم لا يأخذه بطريق البيع بل بطريق إعادة إلى قديم
ملكه فلا يتحقق الربا وإن كان اشتراه بجنسه بمثله قدر ألا يأخذه لأنه لا يفيد ولو اشتراه رجل من العدو ثم باعه من رجل
آخر ثم حضر المالك القديم أخذه من الثاني بالثمن الثاني وليس له أن ينقض البيع الثاني ويأخذ بالثمن الأول من
المشتري الأول في ظاهر الرواية وروى عن محمد رحمه الله في النوادر أن المالك بالخيار إن شاء نقض البيع وأخذه
بالثمن الأول وإن شاء أخذه بالثمن الثاني (وجه) رواية النوادر أن أخذ المالك القديم بملك بديل فاشبهه حق الشفعة
ثم حق الشفعة مقدم على حق المشتري فكذا حقه والجامع أن حق كل واحد منهما سابق على حق المشتري والسبق
من أسباب الترجيح وجه ظاهر الرواية أنه لا ملك للمالك القديم في المحل بوجه بل هو زائل من كل وجه وإنما
الثابت له حق العادة وأنه ليس بمعنى في المحل فلا يمنع جواز البيع فلا يملك نقضه بخلاف حق الشفعة فإن الشفعة
يملك نقض المشفوع فيه تنضي الأخذ بالشفعة بتمليك البائع منه على ما عرف وعلى هذا الأصل إذا علم المالك القديم
بشراء المأسور وترك الطلب زماناً لا يبطل حقه لأن هذا الأخذ ليس في معنى الأخذ بالشفعة ليشترط له الطلب على
سبيل الموائمة وعلى قياس ما روى عن محمد رحمه الله يبطل كما يبطل حق الشفعة بترك الطلب على الموائمة وكذلك
هذا الحق يورث في ظاهر الرواية حتى لو مات المالك القديم كان لورثته أن يأخذه وعلى قياس ما روى عن محمد
رحمه الله لا يورث كما لا يورث حق الشفعة والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن هذا الأخذ ليس ابتداءً بملك بل
هو إعادة إلى قديم الملك بخلاف الأخذ بالشفعة وحق العادة إلى قديم الملك مما يحتمل الإرث كحق الرد بالعيب
وليس لبعض الورثة أن يأخذوا ذلك دون البعض لأنه حق ثبت للكل فلا ينفرد به البعض ولو اشترى المأسور
رجل فأدخله دار الإسلام ثم اشتراه العدو ثانياً فاشتراه رجل آخر فأدخله دار الإسلام فالمشتري الأول أحق من
المالك القديم وليس للمالك القديم أن يأخذه من المشتري الثاني لأنه لما أسر من يد المشتري الأول نزل المشتري الأول
منزلة المالك القديم فكان حق الأخذ له لكن إذا أخذه المشتري الأول فلمالك القديم أن يأخذه بالثمنين إن شاء أو
يدع لأنه لما أخذه المشتري الأول بالثمن فقد قام عليه بالثمنين فكأنه اشتراه بهذا الثمنين ولم يوجد إلا سر أصلاً
ولو اعتق الحر بنى العبد المأسور في دار الحرب أو دبره أو كاتبه أو كانت أمة فاستولدها ثم ظهر المسلمون عليها فذلك
كله جائز وعتقت هي وأولادها وكذا المدبر والمكاتب (أما) إذا أعتقه فلان يده زالت عنه وهو مسلم فحصل في
يد نفسه فعتق عليه كالعبد الحر بنى إذا خرج إلى دار الإسلام أو استيلاء وفرع النسب والنسب يثبت في دار الحرب وقهر
الحر بنى كونه وإن مات عتقت أم ولده كما إذا غلب عليه وعتق المدبر لهذا المعنى والمكاتب صار في يده نفسه لزوال يد
المولى عنه وهو مسلم فيعتق ولأنه إذا قهر المولى سقط عنه بدل الكتابة فعتق لزوال رقه ولو كان المأسور حرراً فاشتراه
مسلم وأخرجه إلى دار الإسلام فلا شيء للمشتري على الحر لأنه ما اشتراه حقيقة إذا الحر لا يحتمل التملك لكنه بذل
مالاً لاستخلاص الأسير بغير إذنه فكان متطوعاً فيه فلا يملك الرجوع عليه وإن أمره الحر بذلك ففعله بأمره رجوع

عليه لانه لما أمره بذلك فكانه استقرض منه هذا القدر من المال فاقترضه اياه ثم أمره أن يدفعه الى فلان ففعل فيرجع عليه بحكم الاستقراض ولو أسلم أهل الحرب ومتاع المسلمين الذي أحرزوه في أيديهم فهو لهم ولا حق للمالك القديم فيه لانه مال أسلموا عليه ومن أسلم على مال فهو له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذي ذكرنا حكم استيلاء الكافر فاحكم الشراء فنقول الحرب اذا خرج اليها فاشترى عبداً مسلماً بابت الملك له فيه عندنا لكنه يجبر على البيع وكذلك لو خرج اليها بعبده فاسلم في يده يجبر على البيع وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز شراء الكافر العبد المسلم وهي مسئلة كتاب البيوع فان لم يبعه حتى دخل دار الحرب به عتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يعتق وجه قولهما أن لا حرار الكافر ماله بدار الحرب أثر في زوال العصمة لا في زوال الملك فان مال الكافر مملوك لكنه غير معصوم وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان الثابت للحرب بالشراء ملك مجبور على ازالته فلم يعتق بادخاله دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعاً بهذه الصفة لتعذر الجبر بالاحراز بوجه فيؤدى الى تغيير المشروع وهذا لا يجوز ثم طريق الزوال هو الاحراز بالدار وان كان هو في الاصل شرط زوال الملك والعصمة في استيلاء الكفار لتعذر تحصيل العلة فاقم الشرط مقامه على الاصل المعهود من اقامة الشرط مقام العلة عند تعذر تعليق الحكم بالعلة ولو اشترى عبداً ذمياً فهو على هذا الاختلاف أيضاً لان الحرب مجبور على بيع الذمى أيضاً ولا يترك ليدخل دار الحرب ولو أسلم عبد لحرب في دار الحرب لا يعتق وهو عبد على حاله بالاجماع لان الملك وان كان واجب الزالة لكن لا طريق للزوال ههنا فبقى على حاله ولو خرج هذا العبد اليها فان خرج مراغماً لمولاه ولحق بعسكر المسلمين عتق لان دار الحرب دار قهر وغلبة وقد قهر مولاه بخروجه مراغماً اياه فصار مستولياً على نفسه مستغنياً اياه فيزول ملك المالك عنه وقد روى انه عليه الصلاة والسلام قال في أباي الطائف هؤلاء عتقاء الله سبحانه وتعالى ولو خرج غير مراغم فان خرج باذن المولى للتجارة فهو عبد لمولاه لكن يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه أما كونه عبد المولاه فلا أنه لم يخرج قاهر مستولياً ولانه ملك مستحق الزوال بالاسلام وأما وقف ثمنه لمولاه فلا أنه باعه على ملكه وكذا لو لم يخرج مراغماً ولكن ظهر المسلمون على الدار يعتق أيضاً لانه لما أسلم فقد بقي عليه ملك مستحق الزوال محتاج الى طريق الزوال وقد وجد وهو احرار بنفسه بمنعه المسلمين وانه اسبق من احرار المسلمين اياه بدار الاسلام لملكه فكان أولى ولو لم يخرج ولم يظهر على الدار ولكن باعه الحربى من مسلم أو حربى عتق عند أبي حنيفة قبل المشتري البيع أو لم يقبل وعندهما لا يعتق وجه قولهما انه كما زال ملك البائع عنه فقد ثبت ملك المشتري فيه فلا يعتق وجه قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ما ذكرنا ان هذا ملك مستحق الزوال موقوف زواله على سبب الزوال أو شرط الزوال على ما بينا فاذا عرضه على البيع والبيع سبب لزوال الملك فقد رضى بزواله الى غيره فكان بزواله اليه ارضى لانه استحق الزوال وغيره ما استحقه والرضا بالزوال شرط الزوال ولو أسلم حربى في دار الحرب ونه رقيق فيها فخرج هو الى دار الاسلام ثم تبعه عبده بعد ذلك كافراً كان أو مسلماً فهو عبد لمولاه لان خروجه الى مولاه كخروجه مع مولاه ولو كان خرج مع مولاه لكان عبد المولاه كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فنقول لا بد أولاً من معرفة معنى الدارين دار الاسلام ودار الكفر لتعرف الاحكام التي تختلف باختلافهما ومعرفة ذلك مبنية على معرفة ما به تصير الدار دار اسلام أو دار كفر فنقول لا خلاف بين أصحابنا في ان دار الكفر تصير دار اسلام بظهور احكام الاسلام فيها واختلافوا في دار الاسلام انها بما اذا تصير دار الكفر قال أبو حنيفة انها لا تصير دار الكفر الا بثلاث شرائط أحدها ظهور احكام الكفر فيها والثاني ان تكون متاخمة لدار الكفر والثالث ان لا يبقى فيها مسلم ولا ذمى آمناً بالامان الاول وهو امان المسلمين وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها تصير دار الكفر بظهور احكام الكفر فيها (وجه) قولهما ان قولنا دار الاسلام ودار الكفر اضافة دار الى الاسلام والى الكفر وانما تضاف الدار الى الاسلام أو الى الكفر

لظهور الاسلام أو الكفر فيها كما تسمى الجنة دار السلام والنار دار البوار لوجود السلامة في الجنة والبوار في النار وظهور الاسلام والكفر بظهور أحكامهما فاذا ظهر أحكام الكفر في دار قد صارت دار كفر فصحت الاضافة ولهذا صارت الدار دار الاسلام بظهور أحكام الاسلام فيها من غير شريطة أخرى فكذا تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان المقصود من اضافة الدار الى الاسلام والكفر ليس هو عين الاسلام والكفر وانما المقصود هو الامن والخوف ومعناه ان الامان ان كان للمسلمين فيها على الاطلاق والخوف للكفرة على الاطلاق فهي دار الاسلام وان كان الامان فيها للكفرة على الاطلاق والخوف للمسلمين على الاطلاق فهي دار الكفر والاحكام مبنية على الامن والخوف لا على الاسلام والكفر فكان اعتبار الامن والخوف أولى فلم تقع الحاجة للمسلمين الى الاستئمان بقى الامن الثابت فيها على الاطلاق فلا تصير دار الكفر وكذا الامن الثابت على الاطلاق لا يزول الا بالمناخلة لدار الحرب فتوقف صير وتهاد دار الحرب على وجودهما مع ما ان اضافة الدار الى الاسلام احتمل ان يكون لما قلتم واحتمل ان يكون لما قلنا وهو ثبوت الامن فيها على الاطلاق للمسلمين وانما يثبت للكفرة بعارض الذمة والاستئمان فان كانت الاضافة لما قلتم تصير دار الكفر بما قلتم وان كانت الاضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر الا بما قلنا فلا تصير ما به دار الاسلام بيقين دار الكفر بالشك والاحتمال على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك والاحتمال بخلاف دار الكفر حيث تصير دار الاسلام لظهور أحكام الاسلام فيها لان هناك الترجيح لجانب الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام لا يعلم ولا يعلم فزال الشك على ان الاضافة ان كانت باعتبار ظهور الاحكام لكن لا تظهر أحكام الكفر الا عند وجود هذين الشرطين أعني المتانة وزوال الامن الاول لانها لا تظهر الا بالمنعة ولا منعة الابهام والله سبحانه وتعالى أعلم وقياس هذا الاختلاف في أرض لاهل الاسلام ظهر عليها المشركون وأظهروا فيها أحكام الكفر أو كان أهلها أهل ذمة فنفقوا الذمة وأظهروا أحكام الشرك هل تصير دار الحرب فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فاذا صارت دار الحرب فحكمها اذا ظهرنا عليها وحكم سائر دور الحرب سواء وقد ذكرناه ولو فتحها الامام ثم جاء أربابها فان كان قبل القسمة أخذوا بغير شيء وان كان بعد القسمة أخذوا بالقيمة ان شاؤا لما ذكرنا من قبل وعاد المأخوذ على حكمه الاول الخراجي عاد خراجياً والعشري عاد عشر يالان هذا ليس استحداث الملك بل هو عود قديم الملك اليه فيعود بوظيفته الا اذا كان الامام وضع عليها الخراج قبل ذلك فلا يعود عشر يالان تصرف الامام صدر عن ولاية شرعية فلا يحتمل النقض والله تعالى اعلم

﴿فصل﴾ وأما الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فانواع منها ان المسلم اذا زنا في دار الحرب أو سرق أو شرب الخمر أو قذف مسلماً لا يؤخذ بشيء من ذلك لان الامام لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية ولو فعل شيئاً من ذلك ثم رجع الى دار الاسلام لا يقام عليه الحد أيضاً لان الفعل لم يقع موجباً أصلاً ولو فعل في دار الاسلام ثم هرب الى دار الحرب يؤخذ به لان الفعل وقع موجباً للإقامة فلا يسقط بالهرب الى دار الحرب وكذلك اذا قتل مسلماً لا يؤخذ بالقصاص وان كان عمداً لتعذر الاستيفاء الا بالمنعة اذ الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة ولان كونه في دار الحرب أو رث شبهة في الوجوب والقصاص لا يجب مع الشبهة ويضمن الدية خطأ كان أو عمداً وتكون في ماله لا على العاقلة لان الدية تجب على القاتل ابتداءً ولان القتل وجد منه ولهذا وجب القصاص والكفارة على القاتل لا على غيره فكذا الدية تجب عليه ابتداءً وهو الصحيح ثم العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون لما يصل اليه بحياته من المنافع من النصر والعز والشرف بكثرة العشار والبر والاحسان لهم ونحو ذلك وهذه المعاني لا تحصل عند اختلاف الدارين فلا تتحمل عنه العاقلة وكذلك لو كان أميراً على سرية أو أمير جيش وزنا رجل منهم أو سرق أو شرب الخمر أو قتل مسلماً خطأ أو عمداً لم يأخذ به الامير بشيء من ذلك لان الامام مافوض اليه اقامة

الحدود والقصاص لعلمه انه لا يقدر على اقامتها في دار الحرب الا أنه يضمنه السرقة ان كان استهلكها ويضمنه الدية في باب القتل لانه يقدر على استيفاء ضمان المال ولو غزا الخليفة أو أمير الشام ففعل رجل من العسكر شيئاً من ذلك أقام عليه الحد واقتص منه في العمد وضمنه الدية في ماله في الخطأ لان اقامة الحد ودالي الامام وتمكنه الاقامة بماله من القوة والشوكة باجتماع الجيوش وانقياد هاله فكان لعسكره حكم دار الاسلام ولو شذرجل من العسكر ففعل شيئاً من ذلك درى عنه الحد والقصاص لاقتصار ولاية الامام على المعسكر وعلى هذا يخرج الحربى اذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم عمداً أو خطأ لانه لا قصاص عليه عندنا على ما ذكرنا وهذا مبني على ان التقوم عندنا يثبت بدار الاسلام لان التقوم بالعزة ولا عزة الا بمنعة المسلمين وعند الشافعي رحمه الله التقوم يثبت بالاسلام وعلى هذا اذا أسلم الحربى في دار الحرب ولم يعرف ان عليه صلاة ولا صياماً ثم خرج الى دار الاسلام فليس عليه قضاء ماضى وقال أبو يوسف أستحسن ان يجب عليه القضاء (وجه) قوله ان الصلاة قد وجبت عليه لوجود سبب الوجوب وهو الوقت وشرطه وهو الاسلام والصلاة الواجبة اذا فاتت عن وقتها تقضى كالذمى اذا أسلم في دار الاسلام ولم يعرف ان عليه ذلك حتى مضى عليه أوقات صلوات ثم علم (وجه) قول أبي حنيفة انه وجوب الشرائع يعتمد البلوغ وهو العلم بالوجوب لان وجوبها لا يعرف الا بالشرع بالاجماع ان اختلفا في وجوب الايمان الا ان حقيقة العلم ليست بشرط بل امكان الوصول اليه كاف وقد وجد ذلك في دار الاسلام لانها دار العلم بالشرائع ولم يوجد في دار الحرب لانها دار الجهل بها بخلاف وجوب الايمان وشكر النعم وحرمة الكفر والكفران ونحو ذلك لان هذه الاحكام لا يقف وجوبها على الشرع بل تجب بمجرد العقل عندنا فان أبا يوسف روى عن أبي حنيفة رحمه الله هذه العبارة فقال كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول لا عذر لاحد من الخلق في جهله معرفة خاتمه لان الواجب على جميع الخلق معرفة الرب سبحانه وتعالى وتوحيده لما يرى من خلق السموات والارض وخلق نفسه وسائر ما خلق الله سبحانه وتعالى فاما الفرائض فن لم يعلمها ولم تبلغه فان هذا لم تقم عليه حجة حكيمة بلفظه وعلى هذا اذا دخل مسلم أو ذمى دار الحرب بامان فعاقد حربيًا عقداً رباً أو غيره من العقود الفاسدة في حكم الاسلام جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذلك لو كان أسيراً في أيديهم أو أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فعاقد حربيًا وقال أبو يوسف لا يجوز للمسلم في دار الحرب الا ما يجوز له في دار الاسلام (وجه) قوله ان حرمة الربا ثابتة في حق العاقدين أما في حق المسلم فظاهر وأما في حق الحربى فلان الكفار مخاطبون بالحرمة وقال تعالى جل شأنه وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ولهذا حرم مع الذمى والحربي الذي دخل دارنا بامان (وجه) قولهما ان أخذ الربا في معنى اتلاف المال واتلاف مال الحربى مباح وهذا لانه لا عصمة لمال الحربى فكان المسلم يسبيل من أخذه الا بطريق الغدر والخيانة فاذا رضى به انعدم معنى الغدر بخلاف الذمى والحربي المستأمن لان أموالهما معصومة على الاتلاف ولو عاقد هذا المسلم الذي دخل بامان مسلماً أسلم هناك ولم يهاجر اليها جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو كان أسيرين أو دخلاً بامان للتجارة فتعاقد عقداً رباً أو غيره من البياعات الفاسدة لا يجوز بالاتفاق (وجه) قولهما ان أخذ الربا من المسلم اتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى لان الشرع حرم عليه ان تطيب نفسه بذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من زاد واستزاد فقد أربى والساقط شرعاً والعدم حقيقة سواء فاشبهه تعاقد الأسيرين والتاجر بن (وجه) قول أبي حنيفة رضى الله عنه ان أخذ الربا في معنى اتلاف المال ومال الذمى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها غير مضمون بالاتلاف يدل عليه ان نفسه غير مضمونة بالقصاص ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة لحرمة النفس بخلاف التاجر بن والأسيرين فان مالهما مضمون بالاتلاف وعلى هذا اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فادانه حربى أو ادان حربياً ثم خرج المسلم وخرج الحربى مستأمناً فان القاضي لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئاً لا يقضى بالغصب لان المدانة في دار الحرب وقعت هدرًا

لا نعدام ولا يتنا عليهم وانعدام ولا يتهم أيضاً في حقنا وكذا غصب كل واحد منهما ضايف مالا غير مضمون فلم ينعقد سبباً لوجوب الضمان وكذلك لو كانا حربيين دابن أحدهما صاحبه ثم خرجا مستأمنين ولو خرجا مسلمين لقضى بالدين لثبوت الولاية ولا يقضى بالغصب لما بينا الا ان المسلم لو كان هو الغاصب يفتى بان يرد عليهم ولا يقضى عليه لانه صار غادراً بهم ناقضاً عهدهم فتلزمه التوبة ولا تحقق التوبة الا برد المغصوب يرده وعلى هذا مسلمان دخلا دار الحرب بامان بان كانا تاجر بن مثلاً قتل أحدهما صاحبه عمداً لا قصاص على القاتل لما بينا وان كان خطأ فعليه الدية في ماله والكفارة لانهما من أهل دار الاسلام وانما دخلا دار الحرب لعارض أمر الا انه يجب القصاص للشبهة أو لتعذر الاستيفاء على ما بينا ولو كانا أسيرين أو كان المقتول أسيراً مسلماً فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما عليه الكفارة والدية (وجهه) قوله ان الأسيرين من أهل دار الاسلام كالمستأمنين وانما الأسر أمر عارض ولا يبي حنيفة رضي الله عنه ان الأسير مقهور في يد أهل الحرب فصارتا بعبائهم فبطل تقومه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله ينفذ وقيل لا خلاف في العتق أنه ينفذ انما الخلاف في الولاية انه هل يثبت منه عندهما لا يثبت وعنده يثبت (وجهه) قوله ان ركن الاعتاق صدر من أهل الاعتاق في محل مملوك للمعتق فيصح كما لو اعتق في دار الاسلام (وجهه) قوله ان الاعتاق في دار الحرب لا يفيد زوال الملك لان الملك في دار الحرب بالقهر والغلبة حقيقة فكل مقهور مملوك وكل قاهر مالك هذا ديانتهم فانهم لا يعرفون سوى القدرة الحقيقية حتى ان العبد منهم اذا قهر مولا يصير هو مالكاً ومولا مملوكاً وهذا لا يفيد الاعتاق في دار الحرب فلا يوجب زوال ملك المالك هذا معنى قول مشايخنا لا يبي حنيفة رضي الله عنه معتق بلسانه مسترق بيده وكذلك لو اشترى قريباً لا يعتق عليه لانه لا يعتق بصرح الاعتاق فكيف يعتق بالشراء وكذلك لو دبره أو كاتبه في دار الحرب حتى لو دخل دار الاسلام ومعه مدبر أو مكاتب دبره أو كاتبه في دار الحرب جاز بيعه لان التدبير اعتاق مضاف الى ما بعد الموت والكتابة تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة ثم لم ينفذ اعتاقه المنجز فكذا المعلق والمضاف ولو استولد أمتة في دار الحرب صح استيلاده إياها حتى لو خرج اليها إلى دار الاسلام لا يجوز بيعها لان الاستيلاد اكتساب ثبات النسب للولد والحربي من أهل ذلك ألا ترى ان أنساب أهل الحرب ثابتة واذا ثبت النسب صارت أم ولد له فخرجت عن محمية البيع لكونها حرة من وجهه قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولو دخل الحربي اليها بامان ففعل شيئاً من ذلك فقد كله لانه لما دخل بامان فقد لزمه أحكام الاسلام ما دام في دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن لا يملك المعتق أن يسترق بيده ما أعتقه بلسانه ولو دبر عبده في دار الاسلام ثم رجع إلى دار الحرب وخلف المدبر أو خلف أم ولده التي استولدها في دار الاسلام أو في دار الحرب ثم مات على كفره أو قتل أو أسرى بحكم بعثتهما أما اذا مات أو قتل فظاهر لان أم الولد والمدبر يعتقان بموت سيدهما والمقتول ميت باجسه وان رغم أنف المعتزلة (وأما) اذا أسرفلانه صار مملوكاً فلم يبق ماله كاضرورة وأما مكاتبه الذي كاتبه في دار الاسلام ودخل هو إلى دار الحرب فهو مكاتب على حاله وبطل الكتابة عليه لو رثته اذا مات وكذلك الرهون والودائع والديون التي له على الناس وما كان للناس عليه فهي كلها على حالها اذا مات لانه دخل دار الاسلام بامان ومعه هذه الاموال فكان حكم الامان فيها باقياً وكذلك لو ظهر على الدار فظهر الحربي أو قتل ولم يظهر على الدار فملكه على حاله يعود في أخذ أو ينجى ورثته في أخذونه له اما اذا هرب ولم يقتل ولم يؤسر فظاهر واما اذا قتل ولم يظهر فلان ماله صار ميراثاً لورثته فيجيئون في أخذونه والمكاتب على حاله يؤدي إلى ورثته فيعتق فاما اذا ظهر وأسر أو أسرى ولم يظهر أو ظهر وقتل يعتق مكاتبه اما اذا ظهر وأسر أو أسرى ولم يظهر فظاهر لانه ملك بالاسر وكذا اذا ظهر وقتل لان القتل بعد الظهور قتل بعد الاسر ويبطل ما كان له من الدين لما ذكرناه بالاسر صار مملوكاً فلم يبق ماله

فسقطت ديونه ضرورة ولا يصير مال كالا لاسر لان الدين في الذمة وما في الذمة لا يعمل عليه الا سر وكذلك ما عليه من الديون يسقط أيضاً لانه لو تعلق برقبته فلا يخلص السبي للسبي وأما ودائعهم فهي في جماعة المسلمين وروى عن أبي يوسف رحمه الله انها تكون فيئاً للمودع (وجهه) ان يده عن يد الغائبين أسبق والمباح مباح لمن سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه ظاهر الرواية ان يدمودع يده تقديره ان كان الاستيلاء عليه بالاستيلاء على ما في يده تقديره ولا يختص به الغائبون لانه مال لم يؤخذ على سبيل التهر والغلبة حقيقة فكان فيئاً حقيقة لا غنيمة فيوضع موضع الفئ وأما الرهن فعند أبي يوسف يكون للمرتهن بدينه والزيادة له وعند محمد رحمه الله يباع فيستوفي قدر دينه والزيادة في جماعة المسلمين والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان أحكام المرتدين فالكلام فيه في مواضع في بيان ركن الردة وفي بيان شرائط صحة الركن وفي بيان حكم الردة أما ركنها فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الايمان اذ الردة عبارة عن الرجوع عن الايمان فالرجوع عن الايمان يسمى ردة في عرف الشرع وأما شرائط صحته فانواع منها العقل فلا تصح ردة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط الاهلية خصوصاً في الاعتقادات ولو كان الرجل ممن يحسن ويفيق فان ارتد في حال جنونه لم يصح وان ارتد في حال افاقته سحت لوجود دليل الرجوع في احدي الخاتين دون الاخرى وكذلك السكران الذاهب العقل لا تصح ردة استحساناً والقياس ان نصح في حق الاحكام (وجه) القياس ان الاحكام مبنية على الاقرار بظاهر اللسان لا على ما في القلب اذ هو أمر باطن لا يوقف عليه (وجه) الاستحسان ان أحكام الكفر مبنية على الكفر كما ان أحكام الايمان مبنية على الايمان والايمن والكفر يرجعان الى التصديق والتكذيب وانما الاقرار دليل عليهما واقرار السكران الذاهب العقل لا يصلح دلالة على التكذيب فلا يصح اقراره وأما البلوغ فهل هو شرط اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ليس بشرط فتصح ردة الصبي العاقل وقال أبو يوسف رحمه الله شرط حتى لا تصح ردة (وجه) قوله ان عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وتبرعته والردة مضرّة محضة فاما الايمان فيقع محض لذلك صح ايمانه ولم يصح ردة (وجه) قولهما انه صح ايمانه فتصح ردة وهذا لان صحة الايمان والردة مبنية على وجود الايمان والردة حقيقة لان الايمان والكفر من الافعال الحقيقية وهما أفعال خارجة القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح والاقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجدتهما الا انهما مع وجودهما منه حقيقة لا يقتل ولكن يحبس لما نذر ان شاء الله تعالى واقتل ليس من لوازم الردة عندنا فان المرتدة لا تقتل بخلاف بين أصحابنا والردة موجودة واما الذكورة فليست بشرط فتصح ردة المرأة عندنا لكنها لا تقتل بل تحجر على الاسلام وعند الشافعي رحمه الله تقتل وستأني المسألة في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره على الردة استحساناً اذا كان قلبه مطمئناً بالايمان والقياس ان تصح في أحكام الدنيا وسند ذكر وجه القياس والاستحسان في كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وأما حكم الردة فنقول والله تعالى التوفيق ان للردة أحكاماً كثيرة بعضها يرجع الى نفس المرتد وبعضها يرجع الى ملكه وبعضها يرجع الى تصرفاته وبعضها يرجع الى ولده أما الذي يرجع الى نفسه فانواع منها اباحة دمه اذا كان رجلاً حراً كان أو عبداً لسقوط عصمته بالردة قال النبي صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكذا العرب لما ارتدت بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتلهم ومنها انه يستحب أن يستتاب ويعرض عليه الاسلام لا حتمال ان يسلم لكن لا يجب لان الدعوة قد بلغت فان أسلم فرحاً واهلاً بالاسلام وان أبي نظر الامام في ذلك فان طمع في توبته أو سأل هو التأجيل أجله ثلاثة أيام وان لم يطمع في توبته ولم يسأل هو التأجيل قتله من ساعته والاصل فيه ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال هل عندكم من مغرية خبر قال نعم رجل كفر بالله تعالى بعد اسلامه فقال سيدنا عمر رضي الله عنه ماذا

فعلتم به قال قر بناه فضر بنا عتقه فقال سيدنا عمر رضي الله عنه هلاطينم عليه بيتا ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويرجع الى الله سبحانه وتعالى اللهم اني لم أحضر ولم أمر ولم أرض اذ بلغني وهكذا روى عن سيدنا علي كرم الله وجهه انه قال يستتاب المرتد ثلاثا وتلى هذه الآية ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا ولان من الجائز انه عرضت له شبهة حملته على الردة فيؤجل ثلاثا لعلها تنكشف في هذه المدة فكانت الاستتابة ثلاثا وسيلة الى الاسلام عسى فندب اليها فان قتله انسان قبل الاستتابة يكره له ذلك ولا شيء عليه لئلا يظن عصى الله بالردة وتوبته ان يأتي بالشهادتين ويرأى عن الدين الذي انتقل اليه فان تاب ثم ارتد ثانيا فحكمه في المرة الثانية كحكمه في المرة الاولى انه ان تاب في المرة الثانية قبلت توبته وكذا في المرة الثالثة والرابعة لوجود الايمان ظاهر في كل مرة لوجود ركنه وهو اقرار العاقل وقال الله تبارك وتعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم كفروا فافقت أثبت سبحانه وتعالى الايمان بعد وجود الردة منه والايمان بعد وجود الردة لا يحتمل الردا لانه اذا تاب في المرة الرابعة يضر به الامام ويخلى سبيله وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه اذا تاب في المرة الثالثة حبسه الامام ولم يخرج من السجن حتى يرى عليه أثر خشوع التوبة والاخلاص وأما المرأة فلا يباح دمها اذا ارتدت ولا تقتل عندنا ولكنها تجبر على الاسلام واجبارها على الاسلام ان تحبس وتخرج في كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا حبست ثانيا هكذا الى أن نسلم أو تموت وذكر الكرخي رحمه الله وزاد عليه تضرب أسواط في كل مرة تعزيرا لها على ما فعلت وعند الشافعي رحمه الله تقتل لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولان علته إباحة الدم هو الكفر بعد الايمان ولهذا قتل الرجل وقد وجد منه ذلك بخلاف الحر بية وهذا لان الكفر بعد الايمان أغلظ من الكفر الاصل لان هذا رجوع بعد القبول والوقوف على محاسن الاسلام وحججه وذلك امتناع من القبول بعد التمكن من الوقوف دون حقيقة الوقوف فلا يستقيم الاستدلال (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقتلوا امرأة ولا وليدا ولا نقتل انما شرع وسيلة الى الاسلام بالدعوة اليه باعلى الطرق يقين عند وقوع اليأس عن اجابتها بادنهما وهودعوة اللسان بالاستتابة باظهار محاسن الاسلام والنساء اتباع الرجال في اجابة هذه الدعوة في العادة فانهم في العادات الجارية يسلمن باسلام أزواجهن على ما روى ان رجلا أسلم وكانت تحته خمس نسوة فاسلمن معه واذا كان كذلك فلا يقع شرع القتل في حتمها وسيلة الى الاسلام فلا يفيد ولهذا لم تقتل الحر بية بخلاف الرجل فان الرجل لا يتبع رأى غيره خصوصا في أمر الدين بل يتبع رأى نفسه فكان رجاء الاسلام منه ثابتا فكان شرع القتل مفيدا فهو الفرق والحديث محمول على الذكور عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك الامة اذا ارتدت لا تقتل عندنا وتجبر على الاسلام ولكن يحبرها مولاهما ان احتاج الى خدمتها ويحبسها في بيته لان ملك المولى فيها بعد الردة قائم وهي مجبورة على الاسلام شرعا فكان الرفع الى المولى رعاية للمحققين ولا يظوه لان المرتدة لا تحل لاحد وكذلك الصبي العاقل لا يقتل وان صحت رده عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لان قتل البالغ بعد الاستتابة والدعوة الى الاسلام باللسان واظهار حججه وايضا حلاله لظهور العناد ووقوع اليأس عن فلاحه وهذا لا يتحقق من الصبي فكان الاسلام منه مرجوا والرجوع الى الدين الحق منه مأمو لا فلا يقتل ولكن يجبر على الاسلام بالحبس لان الحبس يكفيه وسيلة الى الاسلام وعلى هذا صبي أبواه مسلمان حتى حكم باسلامه تبعالا بويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه اقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لان عدم الردة منه اذ هي اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ أصلا لان عدم دليله وهو الاقرار حتى لو أقر بالاسلام ثم ارتد يقتل لوجود الردة منه بوجود دليلها وهو الاقرار فلم يكن الموجد منه ردة حقيقة فلا يقتل ولكنه يحبس لانه كان له حكم الاسلام قبل البلوغ ألا ترى انه حكم باسلامه بطريق التبعية والحكم في اكسابه كالحكم في اكساب المرتد لانه مرتد كما وسند كالكلام في اكساب المرتد في موضعه ان شاء الله تعالى ومنها حرمة الاسترقاق

فان المرتد لا يسترق وان لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا الاسلام أو السيف لقوله سبحانه وتعالى تقتلونهم أو يسلمون وكذا الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا عليه في زمن سيدنا أبي بكر رضي الله عنه ولان استرقاق الكافر للتوسل الى الاسلام واسترقاقه لا يقع وسيلة الى الاسلام على ما مر من قبل ولهذا لم يحز ابقاءه على الحرية بخلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب انها تسترق لانه لم يشرع قتلها ولا يجوز ابقاء الكافر على الكفر الا مع الجزية أو مع الرق ولا جزية على النساء فكان ابقاؤها على الكفر مع الرق أنفع للمسلمين من ابقائهم من غير شيء وكذا الصحابة رضي الله عنهم استرقوا نساء من ارتد من العرب وصبيانهم حتى قيل ان أم محمد ابن الحنفية وهي خولة بنت اياس كانت من سبي بني حنيفة ومنها حرمة أخذ الجزية فلا تؤخذ الجزية من المرتد لما ذكرنا ومنها ان العاقلة لا تعقل جنائته لما ذكرنا من قبل ان موجب الجناية على الجاني وانما العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون والمرتد لا يعاون ومنها الفرقة اذا ارتد أحد الزوجين ثم ان كانت الردة من المرأة كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق وان كانت من الرجل ففيه خلاف مذكور في كتاب النكاح ولا ترتفع هذه الفرقة بالاسلام ولو ارتد الزوجان معا أو أسلما معا فمما على نكاحهما عندنا وعند زفر رحمه الله فسد النكاح ولو أسلم أحدهما قبل الآخر فسد النكاح بالاجماع وهي من مسائل كتاب النكاح ومنها انه لا يجوز انكاحه لانه لا ولاية له ومنها حرمة ذبيحته لانه لا ملة له لما ذكرنا ومنها انه لا يرث من أحدا لعدم الملة والولاية ومنها انه تحبط أعماله لكن بنفس الردة عندنا وعند الشافعي رحمه الله بشرطة الموت عليها وهي مسألة كتاب الصلاة ومنها انه لا يجب عليه شيء من العبادات عندنا لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب عليه وهي من مسائل أصول الفقه وأما الذي يرجع الى ماله فثلاثة أنواع حكم الملك وحكم الميراث وحكم الدين أما الاول فنقول لا خلاف في أنه اذا أسلم تكون أمواله على حكم ملكه ولا خلاف أيضا في أنه اذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب تزول أمواله عن ملكه واختلف في أنه تزول بهذه الأسباب مقصورا على الحال أم بالردة من حين وجودها على التوقف فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ملك المرتد لا يزول عن ماله بالردة وانما يزول بالموت أو القتل أو بالحاق بدار الحرب وعند أبي حنيفة رضي الله عنه الملك في أمواله موقوف على ما يظهر من حاله وعلى هذا الاصل بنى حكم تصرفات المرتد انها جائزة عندهما كما تجوز من المسلم حتى لو أعتق أو دبر أو كاتب أو باع أو اشترى أو وهب فذلك كله وعقده تصرفاته موقوفة لوقوف أملاكه فان أسلم جاز كله وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل كله (وجهه) قوله ان الملك كان ثابتا له حالة الاسلام لوجود سبب الملك وأهليته وهي الحرية والردة لا تؤثر في شيء من ذلك ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية الجواز فقال أبو يوسف رحمه الله جوازها جواز تصرف الصحيح وقال محمد رحمه الله جواز تصرفات المريض مرض الموت (وجهه) قول محمد رحمه الله ان المرتد على شرف التلف لانه يقتل فاشبهه المريض مرض الموت وجهه قول أبي يوسف ان اختيار الاسلام بيده فيمكنه الرجوع الى الاسلام فيخلص عن القتل والمريض لا يمكنه دفع المرض عن نفسه فاني تشابهان (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله انه وجد سبب زوال الملك وهو الردة لانها سبب لجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافا الى السبب السابق وهو الردة ولا يمكنه الهلاك بدار الحرب بامواله لانه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا عن حاجته فكان ينبغي ان يحكم بزوال ملكه للحال الا ان اتوقفنا فيه لاحتمال العود الى الاسلام لانه اذا عاد ترتفع الردة من الاصل ويجعل كان لم يكن فكان التوقف في الزوال للحال لا شتبا العاقبة فان أسلم تبين ان الردة لم تكن سببا لزوال الملك لا ارتفاعها من الاصل فتبين ان تصرفه صادم محله فيصح وان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب تبين انها وقعت سببا للزوال من حين وجودها فتبين ان الملك كان زائلا من حين وجود الردة لان الحكم لا يتخلف عن سببه فلم يصادف التصرف محله فبطل فاما قبل ذلك كان ملكه موقوفا فكانت تصرفاته المبنية عليه موقوفة ضرورة وأجمعوا على انه يصح استيلاؤه حتى انه لو استولدا متته فادعى ولدها انه يثبت

النسب وتصير الجارية أم ولد له أما عندهما فلان الحل مملوك له ملكاً تاماً (وأما) عند أبي حنيفة رحمه الله فلا ن الملك الموقوف لا يكون أدنى حالاً من حق الملك ثم حق الملك يكفي لصحة الاستيلاء فهذا أولى وأجمع وأعلى أنه يصح طلاقه وتسليمه الشفعة لأن الردة لا تؤثر في ملك النكاح والثابت للشفيع حق لا يحتل الارث ومعاوضته موقوفة بالاجماع لانها مبنية على المساواة (وأما) المردة فلا يزول ملكها عن أموالها بخلاف فتجوز تصرفاتها في مالها بالاجماع لانها لا تقتل فلم تكن ردتها سبباً لزوال ملكها عن أموالها بخلاف فتجوز تصرفاتها وإذا عرف حكم ملك المرتد وحال تصرفاته المبنية عليه فقال المرتد لا يخلو من أن يسلم أو يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب فإن أسلم فقد عاد على حكم ملكه القديم لأن الردة ارتفعت من الأصل حكماً وجعلت كأن لم تكن أصلاً وإن مات أو قتل صار ماله لورثته وعق أمهات أولاده ومدبره ومكاتبه إذا أدى إلى ورثته وبحل الديون التي عليه وتقضى عنه لأن هذه أحكام الموت وكذلك إذا لحق بدار الحرب مرتد أو قضى القاضي بلحاظه لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة في دار الاسلام لأن زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلاً عن حاجته لا انتهاء حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به وقد وجد هذا المعنى في اللحاق لأن المال الذي في دار الاسلام خرج من أن يكون منتفعاً به في حقه لعجزه عن الانتفاع به فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته لعجزه عن قضاء حاجته به فكان اللحاق بمنزلة الموت في كونه مزيل للملك فإذا قضى القاضي باللحاق بحكم بعق أمهات أولاده ومدبريه ويقسم ماله بين ورثته ونحل ديونه المؤجلة لأن هذه أحكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى وأما المكاتب فيؤدي إلى ورثته فيعتق وإذا عتق فولاؤه للمرندين لأنه المعتق ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الاسلام مسلماً فهذا لا يخلو من أحد وجهين أحدهما أن يعود قبل قضاء القاضي بلحاظه بدار الحرب والثاني أن يعود بعد ذلك فإن عاد قبل أن يقضى القاضي بلحاظه عاد على حكم أملا كه في المدبرين وأمهات الاولاد وغير ذلك لما ذكرنا أن هذه الأحكام متعلقة بالموت واللىحق بدار الحرب ليس بموت حقيقة لكنه يلحق بالموت إذا اتصل به قضاء القاضي باللحاق فإذا لم يتصل به لم يلحق فإذا عاد يعود على حكم ملكه وإن عاد بعد ما قضى القاضي باللحاق فوجد من ماله في يد ورثته بماله فهو أحق به لأن ولده جعل خلفاً له في ماله فكان تصرفه في ماله بطريق الخلاف له كأنه وكيله فله أن يأخذ ما وجدته قائماً على حاله وما زال ملك الوارث عنه بالبيع أو بالعق فلا رجوع فيه لأن تصرف الخلف كتصرف الأصل بمنزلة تصرف الوكيل وأما ما اعتق الحاكم من أمهات أولاده ومدبريه فلا سبيل عليهم لأن الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ وكذا المكاتب إذا كان أدى المال إلى الورثة لا سبيل عليه أيضاً لأن المكاتب عتق بأداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ وما أدى إلى الورثة أن كان قائماً أخذ وان زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كسائر أموال المأينين وان كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة وان عجز عادر قيمته ولو رجع كافراً إلى دار الاسلام وأخذ طائفة من ماله وأدخلها إلى دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه فإن رجع بعد ما قضى بلحاظه فالورثة أحق به وإن وجدته قبل القسمة أخذته بمجاناة بلا عوض وإن وجدته بعد القسمة أخذته بالقيمة في ذوات القيم لأنه إذا لحق وقضى بلحاظه فقد زال ملكه إلى الورثة فهذا مال مسلم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فوجدته المالك القديم فالحكم فيه ما ذكرنا وإن رجع قبل الحكم باللحاق ففيه روايتان في رواية هذا ورجوعه بعد الحكم باللحاق سواء في رواية أنه يكون في الأصل للورثة فيه أصلاً والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى المرتد جناية ثم لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام كان من حقوق العباد كالقتل والعصب والقذف يؤخذ به وما كان من حقوق الله تبارك وتعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر يسقط عنه لأن اللحاق يلحق بالموت فيورث شبهة في سقوط ما يسقط بالشبهات ولو فعل شيئاً من ذلك بعد اللحاق بدار الحرب ثم مات لم يؤخذ بشيء منه لأن فعله لم ينعقد وجباً لصيرورته في حكم أهل الحرب هذا الذي ذكرنا حكم ماله الذي خلقه في دار الاسلام وأما الذي لحق به في دار

الحرب فهو ملكه حتى لو ظهر المسلمون عليه يكون فيأ لأن ملك الورثة لم يثبت في المال المحمول إلى دار الحرب فبقى على ملك المرتد وهو غير معصوم فكان محل التملك بالاستيلاء لساير أموال أهل الحرب وأما حكم الميراث فنقول لا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في أن المال الذي اكتسبه في حالة الإسلام يكون ميراثاً لورثته المسلمين إذا مات أو قتل أو لحق وقضى بالحق وقال الشافعي رحمه الله هو فيء واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر نفي أن يرث المسلم الكافر وورثة مسلم فيجب أن لا يرثه (ولنا) ما روى أن سيدنا علياً رضي الله عنه قتل المستورد العجلي بالردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر منكر عليه فيكون إجماعاً من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولأن الردة في كونها سبباً لزوال الملك كالموت على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه على ما قررناه فإذا ارتد فهذا مسلم مات فيرثه المسلم فكان هذا الرث المسلم من المسلم لا من الكافر فتدقنا بموجب الحديث بحمد الله تعالى وأما على أصلهما فالردة إن كانت لا توجب زوال الملك يمكن احتمال العود إلى الإسلام ألا ترى أنه يجبر على الإسلام فيبقى على حكم الإسلام في حق حكم الارث وذلك جائز ألا ترى أنه بقي على حكم الإسلام في حق المنع من التصرف في الخمر والخنزير فجاز أن يبقى عليه في حق حكم الارث أيضاً فلا يكون ارث المسلم من الكافر فيكون عملاً بالحديث أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم واختلفوا في المال الذي اكتسبه في حال الردة قال أبو حنيفة رضي الله عنه هو فيء وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ميراث (وجه) قولهما أن كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من أهل الملك في محل قابل ولا شك أن المرتد أهل الملك لأن أهلية الملك بالحريّة والردة لا تنافيها بل تنافي ما بينها وهو الرق إذا المرتد لا يحتمل الاسترقاق وإذا ثبت ملكه فيه احتمل الانتقال إلى ورثته بالموت أو ما هو في معنى الموت على ما بينا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن الردة سبب لزوال الملك من حين وجودها بطريق الظهور على ما بينا ولا وجود للشيء مع وجود سبب زواله فكان الكسب في الردة مالا لا مالك له فلا يحتمل الارث فيوضع في بيت مال المسلمين كاللقطة ثم اختلفوا فيما يورث من مال المرتد أنه يعتبر حال الوارث وهي أهلية الورثة وقت الردة أم وقت الموت أم من وقت الردة إلى وقت الموت فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعتبر أهلية الورثة وقت الموت لأن ملك المرتد إنما يزول عندهما بالموت فتعتبر الأهلية في ذلك الوقت لا غير وعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان في رواية يعتبر وقت الردة لا غير حتى لو كان أهلاً وقت الردة ورث وإن زالت أهليته بعد ذلك وفي رواية يعتبر دوام الأهلية من وقت الردة إلى وقت الموت (وجه) هذه الرواية أن الارث يثبت بطريق الاستناد لا بطريق الظهور لأن الموت أمر لا بد منه للارث والقول بالارث بطريق الظهور إيجاب الارث قبل الموت ولا سبيل إليه فإذا وجد الموت يثبت الارث ثم يستند إلى وقت وجود الردة وزوال الأهلية فيما بين الوقتين يمنع من الاستناد فيشترط دوام الأهلية من وقت الردة إلى وقت الموت حتى لو كان بعض الورثة مسلماً وقت الردة ثم ارتد عن الإسلام قبل موت المرتد لا يورث وكذا إذا مات قبل موته أو المرأة انقضت عدتها قبل موته (وجه) الرواية الأولى أن الارث يتبع زوال الملك والملك زال بالردة من وقت وجودها فيثبت الارث في ذلك الوقت بطريق الظهور قوله هذا إيجاب الارث قبل الموت قلنا هذا ممنوع بل هذا إيجاب الارث بعد الموت لأن الردة في معنى الموت لأنها تعمل عمل الموت في زوال الملك على ما بينا فكانت الردة موتاً معني وكذا اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيما إذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالحق أنه يعتبر أهلية الورثة وقت القضاء بالحق أم وقت الحق فعند أبي يوسف رحمه الله وقت القضاء وعند محمد رحمه الله تعتبر وقت الحق (وجه) قول محمد أن وقت الارث وقت زوال الملك وملك المرتد إنما يزول بالحق لأن به يعجز عن الانتفاع بماله المترد في دار الإسلام إلا أن العجز قبل القضاء غير متقرر لا احتمال العود فإذا قضى قرر العجز وصار العود بعده كالممتنع عادة فكان العامل في زوال الملك هو الحق فتعتبر الأهلية وقتئذ (وجه) قول

أبي يوسف ان الملك لا يزول الا بالقضاء فكان المؤثر في الزوال هو القضاء وعلى هذا الاختلاف المرتدة اذ لحقت
بدار الحرب لان المعنى لا يوجب الفصل ولو ارتد الزوجان معا ثم جاءت بولد ثم قتل الاب على رده فان جاءت به
لاقل من ستة أشهر من حين الردة يرنه لانه علم ان العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا وان جاءت به لستة أشهر
فصاعد آمن حين الردة لم يرنه لانه يجهل انه علق في حالة الردة فلا يرث مع الشك ولو ارتد الزوج دون المرأة أو كانت له
أم ولد مسلمة ورنه مع ورنته المسلمين وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لان الأم مسلمة فكان الولد على حكم
الاسلام تبعاً لأمه فيرث أباه ولو مات مسلم عن امرأته وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم
ظهر ناعلي الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لانه مسلم تبعاً لآبيه ولو لم تكن ولدته حتى سببت ثم ولدته في دار الاسلام فهو
مسلم مرقوق مسلم تبعاً لآبيه مرقوق تبعاً لأمه ولا يرث أباه لان الرق من أسباب الحرمان ولو تزوج المرتدة مسلمة
فولدت له غلاماً أو وطئ أمة مسلمة فولدت له فهو مسلم تبعاً للأم ويرث أباه لثبوت النسب وان كانت الأم كافرة
لا يحكم باسلامه لانه لم يوجد اسلام أحد الابوين والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الدين فعند أبي يوسف ومحمد
ديون المرتد في كسب الاسلام والردة جميعاً لان كل ذلك عندهما ميراث وأما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فقد ذكر
أبو يوسف عنه انه في كسب الردة الا ان لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن رحمه الله عنه انه
في كسب الاسلام الا ان لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الردة وقال الحسن رحمه الله دين الاسلام في كسب
الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر رحمه الله والصحيح رواية الحسن لان دين الانسان يقضى من
ماله لا من مال غيره وكذا دين الميت يقضى من ماله لا من مال وارثه لان قيام الدين يمنع زوال ملكه الى وارثه بقدر
الدين لكون الدين مقدماً على الارث فكان قضاء دين كل ميت من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام فاما
كسب الردة قال جماعة المساهين فلا يقضى منه الدين الا للضرورة فاذا لم يف به كسب الاسلام مستترة
فيقضى الباقي منه والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم ولد المرتد فولد المرتد لا يخلو من ان يكون مولوداً في الاسلام أو في الردة فان كان مولوداً في
الاسلام بان ولد للزوجة ولدوهما مسلمان ثم ارتد الا يحكم برده مادام في دار الاسلام لانه لما ولد وأبواه مسلمان
فقد حكم باسلامه تبعاً لآبويه فلا يزول بردهما التحول التبعية الى الدار اذا داروا وان كانت لا تصلح لاثبات التبعية ابتداء
عند استتباع الابوين تصلح للابقاء لانه أسهل من الابتداء فادام في دار الاسلام يبق على حكم الاسلام تبعاً للدار
ولو لحق المرتدان بهذا الولد بدار الحرب فكبر الولد وولد له ولد وكبر ثم ظهر عليهم أما حكم المرتد والمرتدة فمعلوم وقد
ذكرنا ان المرتد لا يسترق ويقتل والمرتدة تسترق ولا تقتل وتجر على اسلام بالحبس وأما حكم الاولاد فولد
الاب يجبر على الاسلام ولا يقتل لانه كان مسلماً باسلام أبويه تبعاً لهما فلما بلغ كافر أفقد ارثه عنه والمرتد يجبر على
الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكيمية لا حتمية لوجود الايمان حكماً بطريق التبعية لا حقيقة فيجبر على الاسلام
لكن بالحبس لا بالسيف اثباتاً للحكم على قدر العلة ولا يجبر ولد له على الاسلام لان ولد الولد لا يتبع الجد في الاسلام
اذ لو كان لذلك لكان الكفار كلهم مرتدين لكونهم من أولاد آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام فينبغي ان تجري
عليهم أحكام أهل الردة وليس كذلك بالاجماع وان كان مولوداً في الردة بان ارتد الزوجان ولا ولد لهما ثم حملت
المرأة من زوجها بعد ردها وهما مرتدان على حالهما فهذا الولد بمنزلة أبويه له حكم الردة حتى لو مات لا يصلى عليه
لان المرتد لا يرث أحد أولادهم بدار الحرب فبلغ وولد له أولاد فبلغوا ثم ظهر على الدار وسبوا جميعاً
يجبر ولد الاب وولد له على الاسلام ولا يقتلون كذا ذكر محمد في كتاب السير وذكر في الجامع الصغير انه لا يجبر ولد
ولده على الاسلام (وجهه) ما ذكر في السير ان ولد الاب تبع لأبويه فكان محكوماً برده تبعاً لآبويه وولد الولد تبع له فكان
محكوماً برده تبعاً له والمرتد يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكيمية فيجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل

(وجهه) المذكور في الجامع ان هذا الولد انما صار محكوما برده تبعا لابييه والتبع لا يستتبع غيره وأما حكم الاسترقاق فذكر في السير انه يسترق الاناث والذكور الصغار من أولاده لان أمهم مرتدة وهي تحتل الاسترقاق والولد كما تبع الام في الرق يتبعها في احتمال الاسترقاق وأما الكبار فلا يسترقون لا تقطاع التبعية بالبلوغ ويجبرون على الاسلام وذكر في الجامع الصغير الولدان فيء أما الاول فلان أمه مرتدة وأما الآخر فلانه كافر أصلي لان تبعية الابوين في الردة قد انقطعت بالبلوغ وهو كافر فكان كافرا أصليا فاحتمل الاسترقاق ولو ارتدت امرأة وهي حامل ولحقت بدار الحرب ثم سويت وهي حامل كان ولدها فيئالا لان السبي لحقه وهو في حكم جزء الام فلا يبطل بالا انفصال من الام والذي الذي تقض العهد ولحق بدار الحرب بمنزلة المرتدة في سائر الاحكام من الارث والحكم بعقق أمهات الاولاد والمديرين ونحو ذلك لان المعنى الذي يوجب لحاقه اللحاق بالموت في الاحكام التي ذكرنا لا يفصل الا انهما يفترقان من وجهه وهو ان الذي يسترق والمرتد لا يسترق وجه الفرق ان شرع الاسترقاق للتوسل الى الاسلام واسترقاق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لما ذكرنا انه رجع بعد مذاق طعم الاسلام وعرف محاسنه فلا يرجي فلاحه بخلاف الذي والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان أحكام البغاة فالإسلام فيه في مواضع في تفسير البغاة وفي بيان ما يلزم امام أهل العدل عند خروجهم عليه وفي بيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم وفي بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز وفي بيان حكم اصابة الدماء والأموال من الطائفتين وفي بيان ما يصنع بقتلي الطائفتين وفي بيان حكم قضايهم أما تفسير البغاة فالبغاة هم الخوارج وهم قوم من رأيهم ان كل ذنب كفر كبيرة كانت أو صغيرة يخرجون على امام أهل العدل ويستحلون القتال والدماء والأموال بهذا التأويل ولهم منعة وقوة وأما بيان ما يلزم امام العدل عند خروجهم فنقول والله التوفيق ان علم الامام ان الخوارج يشهرون السلاح ويتأهبون للقتال فينبغي له ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة لانه لو تركهم لسعوا في الارض بالفساد فآخذهم على أيديهم ولا يبدؤهم الامام بالقتال حتى يبدؤوه لان قتالهم لدفع شرهم لا لشر شرهم لانهم مسلمون فلم يتوجه الشر منهم لا يقتلهم وان لم يعلم الامام بذلك حتى تعسكروا وتأهبوا للقتال فينبغي له ان يدعوهم الى العدل والرجوع الى رأي الجماعة أولا لرجاء الاجابة وقبول الدعوة كما في حق أهل الحرب وكذا روى ان سيدنا عليا رضي الله عنه لما خرج عليه أهل حروراء ندب اليهم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ليدعوهم الى العدل فدعاهم وناظرهم فان أجابوا كف عنهم وان أبوا قاتلهم لقوله تعالى فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله وكذا قاتل سيدنا علي رضي الله عنه أهل حروراء بالنهر وان محضرة الصحابة رضي الله عنهم تصديقاً لقوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا علي انك تقاتل على التأويل كما تقاتل على التنزيل والقتال على التأويل هو القتال مع الخوارج ودل الحديث على امامة سيدنا علي رضي الله عنه لان النبي عليه الصلاة والسلام شبه قتال سيدنا علي رضي الله عنه على التأويل بقتاله على التنزيل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتاله بالتنزيل فلزم ان يكون سيدنا علي محققا بقتاله بالتأويل فلم يكن امام حق لما كان محققا في قتاله اياهم ولا هم ساعون في الارض بالفساد فيقتلون دفعا للفساد على وجه الارض وان قاتلهم قبل الدعوة لا بأس بذلك لان الدعوة قد بلغتهم لكونهم في دار الاسلام ومن المسلمين أيضا ويجب على كل من دعاه الامام الى قتالهم ان يجيبه الى ذلك ولا يسعه التخلف اذا كان عنده غنا وقدرة لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة والله سبحانه وتعالى الموفق وما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته محمول على وقت خاص وهو ان لا يكون امام يدعو الى القتال وأما اذا كان فدعاه فيفرض عليه الاجابة لما ذكرنا وأما بيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم فنقول الامام اذا قاتل أهل البغي فبهمهم وولوا مدبرين فان كانت لهم فئة ينحازون اليها فينبغي لأهل العدل ان يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على

جر يحجم لثلاثين جزوا الى الفئسة فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل وأما أسيرهم فان شاء الامام قتله استنصلا
لشأفتهم وان شاء حبسه لا ندفع شره بالاسر والحبس وان لم يكن لهم فئة يتجزون اليها لم يتبع مدبرهم ولم يجبر على
جر يحجم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الامن عن شرهم عند انعدام الفئسة (وأما) أموالهم التي ظهر أهل العدل عليها فلا بأس بان
يستعينوا بكرائعهم وسلاحهم على قتالهم كسر الشوكتهم فاذا استغنوا عنها أمسكها الامام لهم لان أموالهم لا تحتل
التملك بالاستيلاء لكونهم مسلمين ولكن يحبسها عنهم الى ان يزول بغيمهم فاذا زال ردها عليهم وكذا ما سوى
الكراع والسلاح من الامتعة لا ينتفع به ولكن يمك ويحبس عنهم الى ان يزول بغيمهم فيدفع اليهم لما قلنا ويقا تل
هل البني بالمنجنيق والحرق والفرق وغير ذلك مما يقاتل به أهل الحرب لان قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم
فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك والامام ان يوادعهم لينظره في أمورهم ولكن لا يجوز ان يأخذوا على ذلك
مالا لما ذكرنا من قبل (وأما) بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز فكل من لا يجوز قتله من أهل الحرب من الصبيان
والنساء والاشياخ والعميان لا يجوز قتله من أهل البني لان قتالهم لدفع شرقتالهم فيختص بأهل القتال وهؤلاء
ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون الا اذا قاتلوا فيباح قتالهم في حال القتال وبعد الفراغ من القتال الا الصبيان
والمجانين على ما ذكرنا في حكم أهل الحرب والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) العبد المأسور من أهل البني
فان كان قاتل مع مولا لا يجوز قتله وان كان يخدم مولا لا يجوز قتله ولكن يحبس حتى يزول بغيمهم فيرد
عليهم (وأما) الكراع فلا يمك ولكنه يباع ويحبس ثمنه لما لك لان ذلك أشنع له ولا يجوز للعادل ان يتدى
بقتل ذي رحم محرم منه من أهل البني مباشرة واذا أراد هو قتله له أن يدفعه وان كان لا يندفع الا بالقتل فيجوز له أن
يتسبب ليقته غيره بأن يعقر دابته ليرجل فيقتله غيره بخلاف أهل الحرب فانه يجوز قتل سائر ذوى الرحم المحرم منه
مباشرة وتسببا ابتداء الا والدين (ووجه) الفرق ان الشرك في الاصل مبيع لعموم قوله تبارك وتعالى اقتلوا
المشركين حيث وجدتموهم الا أنه خص منه الا بوان بنص خاص حيث قال الله تبارك وتعالى وصاحبهما في الدنيا
معروفا فبقى غيرهما على عموم النص بخلاف أهل البني لان الاسلام في الاصل عاصم لقوله عليه الصلاة والسلام
فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم والباغي مسلم الا أنه أيسح قتل غير ذى الرحم المحرم من أهل البني دفعا لشرهم
لا لشوكتهم ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبب ليقته غيره فبقيت العصمة عما وراء ذلك بالدليل العاصم (وأما) بيان
حكم اصابة الدماء والاموال من الطائفتين فنقول لا خلاف في أن العادل اذا أصاب من أهل البني من دم أو جراحة
أو مال استهلكه انه لا ضمان عليه (وأما) الباغي اذا أصاب شيئا من ذلك من أهل العدل فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا
ان ذلك موضوع وقال الشافعي رحمه الله انه مضمون (وجه) قوله ان الباغي جان فيستوى في حقه وجود المنعة
وعدمها لان الجاني يستحق التغليظ دون التخفيف (ولنا) ما روى عن الزهري أنه قال وقعت الفتنة وأصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا ان كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال استحل
بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ومثله لا يكذب فانه قد اجماع من
الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا وانه حجة قاطعة والمعنى في المسئلة مانبه عليه الصحابة رضي الله عنهم وهو ان لهم في
الاستحلال تأويل في الجملة وان كان فاسدا لكن لهم منعة والتأويل القاسد عند قيام المنعة يكفي لرفع الضمان
كتأويل أهل الحرب ولان الولاية من الجانبين منقطعة لوجود المنعة فلم يكن الوجوب مفيدا لتعذر الاستيفاء فلم
يجب ولو فعلوا شيئا من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة أو بعد الانهزام وتفرق الجمع يؤخذون به لان المنعة اذا
انعدمت الولاية وبقي مجرد تأويل فاسد فلا يعتبر في دفع الضمان ولو قتل تاجر من أهل العدل تاجرا آخر من أهل
العدل في عسكر أهل البني أو قتل الاسير من أهل العدل أسيرا آخر أو قطع ثم ظهر عليه فلا قصاص عليه لان الفعل
لم يقع موجبا لتعذر الاستيفاء وانعدام الولاية كما لو قطع في دار الحرب لان عسكر أهل البني في حق انقطاع الولاية

ودار الحرب سواء والله عز وجل أعلم ثم لا خلاف في أن العادل إذا قتل باغياً لا يحرم الميراث لأنه لم يوجد قتل نفس
 بغير حق لسقوط عصمة نفسه وأما الباغي إذا قتل العادل يحرم الميراث عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد أن قال
 قتلته وكنت على حق وأنا الآن على حق لا يحرم الميراث وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على باطل يحرم (وجه) قول أبي
 يوسف أن تأويله فاسد إلا أنه ألحق بالصحيح عند وجود المنفعة في حق الدفع لا في حق الاستحقاق فلا يعتبر في حق
 استحقاق الميراث (وجه) قوله أنا نعتبرنا تأويله في حق الدفع والاستحقاق لأن سبب استحقاق الميراث هو
 القرابة وانها موجودة إلا أن قتل نفس بغير حق سبب الحرمان فإذا قتلته على تأويل الاستحلال والمنفعة موجودة
 اعتبرناه في حق الدفع وهو دفع الحرمان فأشبه الضمان إلا أنه إذا قال قتلته وأنا أعلم أني على باطل يحرم الميراث لأن
 التأويل الفاسد إنما يلحق بالصحيح إذا كان مصرأ عليه فاذ لم يصرف التأويل فلا يندفع عنه الضمان والله سبحانه
 وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين فنقول والله تعالى التوفيق (أما) قتلى أهل العدل فيصنع بهم ما يصنع
 بسائر الشهداء لا يغسلون ويدفنون في تيابهم ولا ينزع عنهم إلا ما لا يصلح كفناً ويصلى عليهم لأنهم شهداء
 لكونهم مقتولين ظلماً وقدر روى أن زيد بن صرحان التميمي كان يوم الجمل تحت راية سيدنا علي رضي الله عنهما فأوضى
 في رمقه لا تنزعوا عني ثوباً ولا تغسلوا عني دماً وارمسوني في التراب رماً فأني رجل محاج أحاج يوم القيامة (وأما) قتلى
 أهل البغي فلا يصلى عليهم لأنه روى أن سيدنا علياً رضي الله عنه ماضى على أهل حروراء ولكنهم يغسلون ويكفنون
 ويدفنون لأن ذلك من سنة موتى بني سيدنا آدم على الصلاة والسلام ويكره أن تؤخذ رؤوسهم وتبعث إلى الآفاق
 وكذلك رؤوس أهل الحرب لأن ذلك من باب المثابة وأنه منهي لقوله عليه الصلاة والسلام لا تمثلوا فيكره إلا إذا كان في
 ذلك وهن لهم فلا بأس به لما روى أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه جز رأس أبي جهل عليه اللعنة يوم بدر وجاء به
 إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أباجهل كان فرعون هذه الأمة ولم ينكر عليه
 ويكره بيع السلاح من أهل البغي وفي عساكرهم لأنه أعانة لهم على المعصية ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالخشب
 ونحوه لأنه لا يصير سلاحاً حالاً بالعمل ونظيره أنه يكره بيع الزمير ولا يكره بيع ما يتخذ منه الزمار وهو الخشب
 والقصب وكذا بيع الخمر باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما)
 بيان حكم قضايهم فنقول الخوارج إذا ولوا قاضياً فالأمر لا يخلو من أحد وجهين إما أن ولوا رجلاً من أهل البغي وإما
 أن ولوا رجلاً من أهل العدل فإن ولوا رجلاً من أهل البغي فقضى بقضايهم رفعت قضايه إلى قاضي أهل العدل
 لا ينفذها لأنه لا يعلم كونها حقاً لأنهم يستحلون دماءنا وأموالنا فاحتمل أنه قضى بما هو باطل على رأي الجماعة فلا
 يجوز له تنفيذه مع الاحتمال ولو كتب قاضي أهل البغي إلى قاضي أهل العدل بكتاب فإن علم أنه قضى بشهادة أهل
 العدل أنقذه لأنه تنفذ الحق ظاهراً وإن كان لا يعلم لا ينفذه لأنه لا يعلم كونه حقاً فلا يجوز تنفيذه لقوله تبارك وتعالى
 ولا تقف ما ليس لك به علم وإن ولوا رجلاً من أهل العدل فقضى فيما بينهم بقضايهم رفعت قضايه إلى قاضي أهل
 العدل فذهالاً أن التولية أياه قد صحت ولا نه يقدر على تنفيذ القضايا بمنعهم وقوتهم فصحت التولية والظاهر أنه قضى
 على رأي أهل العدل فلا يملك إبطاله كما إذا رفعت قضايه إلى قاضي أهل العدل إلى بعض قضاة أهل العدل وما أخذوا من
 البلاد التي ظهر وأعلمهم من الخراج والزكاة التي ولاية أخذها الإمام لا يأخذها الإمام ثانياً لأن حق الأخذ للإمام لمكان
 حمايته ولم يوجد إلا أنهم يفتنون بأن يعيدوا الزكاة استحساناً لأن الظاهر أنهم لا يصرفونها إلى مصارفها فاما الخراج
 فمصرفه المقاتلة وهم يقاتلون أهل الحرب والله تعالى أعلم

كتاب الغصب

جمع محمد رحمه الله في كتاب الغصب بين مسائل الغصب وبين مسائل الاتلاف وبدأ بمسائل الغصب فنبدأ بأبوابه

فنقول والله التوفيق معرفة مسائل الغصب في الاصل مبنية على معرفة حد الغصب وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه (أما) حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما هو ازالة اليد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال وقال محمد رحمه الله الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصباً وقال الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والازالة ليست بشرط (أما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فهو احتج لتمييز أصله بقوله سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً جعل الغصب مصدر الاخذ فدل ان الغصب والاخذ واحد والاخذ اثبات اليد الا ان الاثبات اذا كان باذن المالك يسمى ايداعاً واعارة وابطحاً في عرف الشرع واذا كان بغير اذن المالك يسمى في متعارف الشرع غصباً ولان الغصب انما جعل سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعدياً فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك وقع تعدياً فيكون سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعدياً والدليل عليه ان غاصب الغاصب ضامن وان لم يوجد منه ازالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الاول وازالة الزائل محال والله سبحانه وتعالى أعلم (ولنا) الاستدلال بضمان الغصب من وجهين أحدهما ان المالك استحق ازالة اليد الغاصب عن الضمان فلا بد وأن يكون الغصب منه ازالة يد المالك لان الله تبارك وتعالى لم يشرع الا اعتداء الا بالمثل بقوله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والثاني ان ضمان الغصب لا يخلو إما أن يكون ضمان زجر وإما ان يكون ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من أهل الزجر ولا ان الزجر لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعي القوت فدل انه لا بد من التقويت لتحقيق الغصب ولا حجة له في الآية لان الله تعالى فسر أخذ المالك تلك السفينة بغصبه اياها كأنه قال سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يغصب كل سفينة وهذا يدل على ان كل أخذ غصب بل هي حجة عليه لان غصب ذلك المالك كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة أيدي المساكين عنها فدل على ان الغصب اثبات على وجه يتضمن ازالة (وأما) قوله الغصب انما أوجب الضمان لكونه تعدياً فسلم لكن التعدي في ازالة لا في الاثبات لان وقوعه تعدياً بوقوعه ضاراً بالمالك وذلك باخر اجبه من أن يكون منتفعاً به في حق المالك وعجزه عن الانتفاع به وهو تفسير تقويت اليد وازالتها (فأما) مجرد الاثبات فلا ضرر فيه فلم يكن الاثبات تعدياً وعلى هذا الاصل يخرج زوائد الغصب انما ليست بمضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والتمر أو متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن في يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجد الغصب وعند محمد مضمونة لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالسه وقد وجد الغصب وهل يصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع أو الاستهلاك أو الاستخدام جبراً (أما) المنفصلة فلا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في أنها تصير مضمونة بها (وأما) المتصلة فذكر في الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم يذكر الخلاف وصورة المسئلة اذا غصب جارية قيمتها الف درهم فازدادت في بدنها خيراً حتى صارت قيمتها الف درهم فباعها واسبغها الى المشتري فهلكت في يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن المشتري قيمتها الف درهم وان شاء ضمن البائع فان اختار تضمين المشتري ضمنه قيمتها يوم القبض الف درهم وان اختار تضمين البائع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها الف درهم أيضاً كذا ذكر في الاصل ولم يذكر الخلاف وحكي ابن سبابة عن محمد رحمه الله الخلاف ان على قول أبي حنيفة رحمه الله ان شاء ضمن المشتري قيمتها يوم القبض الف درهم وان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس له أن يضم به زيادة بالبيع والتسليم وكذا ذكره الحاكم الشهيد في المنتقى وحكي الخلاف وهكذا ذكر الطحاوي في مختصره الا أنه ذكر الاستهلاك مطلقاً فقال الا أن يستهلكها وفسره الجصاص في شرحه مختصر الطحاوي فقال الا أن يكون عبداً أو جارية فيقتل وهذا هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبداً أو جارية فقتله الغاصب خطأ يكون المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زائدة في ثلاث سنين (وجه) قولهما ان البيع والتسليم غصب لانه تقويت امكان الاخذ لان المالك

كان متمكناً من أخذه منه قبل البيع والتسليم وبعد البيع والتسليم لم يبق متمكناً وتقويت إمكان الاخذ تقويت اليد معنى فكان غصباً موجباً للضمان وهذا لأن تقويت يد المالك إنما كان غصباً موجباً للضمان لكونه إخراج المال من أن يكون منتفعاً به في حق المالك وإعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتقويت إمكان الاخذ فيوجب الضمان ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشتري من الغاصب كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن الأصل مضمون بالغصب الأول فلا يقع البيع والتسليم غصباً له لأن غصب المغصوب لا يتصور والزيادة المتصلة لا يتصور أفرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع والتسليم بخلاف الزيادة المنفصلة فإن أفرادها بالغصب بدون الأصل متصور فلم تكن مغصوبة بالغصب الأول لأنعدامها فجاز أن تصير مغصوبة بالبيع والتسليم فهذا الفرق بين الزيادة وبين بخلاف القتل لأن قتل المغصوب متصور لأن محل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو الحياة ومحل الغصب هو مالية العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل إلا أن المضمون واحد والمستحق للضمان واحد فيخير ولأن الأصل مضمون بالغصب السابق لا شك فيه فيصير مملوكاً للغاصب من ذلك الوقت بخلاف بين أصحابنا رحمهم الله (وأما) الزيادة المتصلة فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لأنها ملكه فتكون ملكه فكان البيع والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك في غير بني آدم تصرفاً في ملك نفسه فلا يكون مضموناً عليه كما لو تصرف في سائر أملاكه بخلاف الزيادة المنفصلة لأننا أثبتنا الملك بطريق الاستناد فالمستند يظهر من وجهه ويقتصر على الحال من وجهه فيعمل بشبهة الظهور في الزوائد المتصلة وبشبه الاقتصار في المنفصلة إذ لا يكون العمل به على العكس ليكون عملاً بالشبهين بقدر الإمكان (وأما) على طريق الظهور المحض فتخرج مجهما مشكلاً والله تعالى الموفق بخلاف القتل لأن العبد إنما يضمن بالقتل من حيث أنه آدمي لا من حيث أنه مال والغاصب إنما ملكه بالضمان من وقت الغصب من حيث أنه مال لا من حيث أنه آدمي لأنه من حيث أنه آدمي لا يحتمل التملك فلم يكن هو بالقتل متصرفاً في ملك نفسه لهذا افترقوا والله سبحانه وتعالى أعلم ثم على أصلها إذا اختار المالك تضمين البائع هل يثبت له الخيار بين أن يضمه ألفي درهم وقت البيع وبين أن يضمه ألف درهم وقت الغصب قال بعض مشايخنا يثبت وهذا غير سديد لأن التخيير بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفة بخلاف التخيير بين البائع والمشتري عند أبي حنيفة رحمه الله لأن هناك الذمة مختلفة فمن الجائز أن يكون أحدهما مالياً والآخر مفلساً فكان التخيير مفيداً وبخلاف القتل لأن ضمان القتل ضمان الدم وأنه مؤجل إلى ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان المال وأنه حال فكان التخيير مفيداً ثم إذا ضمن المالك الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم جاز البيع لأنه تبين أنه باع ملك نفسه والتمن له لأنه بدل ملكه وإن ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشتري بالتمن على البائع لأنه تبين أنه أخذه بغير حق وليس له أن يرجع على البائع بالضمان ولو غصب من إنسان شيئاً فجاء آخر وغصبه منه فهلك في يده فالمالك بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني أما تضمين الأول فلو جود فعل الغصب منه وهو تقويت يد المالك وأما تضمينه الثاني فلا لأنه فوت يد الغاصب الأول ويده يد المالك من وجهه لأنه يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك ويستقر بهما الضمان في ذمته فكانت منفعة يده عائدة إلى المالك فاشبهت يد المودع وقد وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان إلا أن المضمون واحد فخيرنا المالك لتعين المستحق فإن اختار أن يضم الأول رجع بالضمان على الثاني لأنه ملك المغصوب من وقت غصبه فتبين أن الثاني غصب ملكه وإن اختار تضمين الثاني لا يرجع على أحد لأنه ضمن بفعل نفسه وهو تقويت يد المالك من وجهه على ما بينا وكذلك أن استهلك الغاصب الثاني ومتى اختار تضمين أحدهما هل يبرأ الآخر عن الضمان بنفس الاختيار ذكر في الجامع أنه يبرأ حتى لو أراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة رحمه الله في نوادره عن محمد أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه أو يقضى به عليه (وجه) رواية النوادر أن عند وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكاً للذي ضمنه لأنه باعه منه فلا يملك

الرجوع بعد تملكه كمالو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذي ضمنه
لانه باعه منه فلا يملك الرجوع بعد تملكه كمالو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد منه التملك
من أحدهما فله ان يملكه من أيهما شاء (وجه) رواية الجامع ما ذكرنا انه باختياره تضمن الغاصب الآخر أظهر انه
راض بأخذ الاول وانه بمنزلة المودع وباختيار تضمن الاول أظهر ان الثاني ما تلف عليه شيئا لانه لم يفوت يده والله
سبحانه وتعالى أعلم ولو باع الغاصب المغصوب من الثاني فهلك في يده يتخير المالك فيضمن أيهما شاء فان ضمن
الغاصب جاز بيعه والتمن له لما ذكرنا وان ضمن المشتري بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكنه يرجع بالتمن
عليه لما ذكرنا وكذلك لو استهلك المشتري ولو كان المغصوب عبدا فاعتقه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك
البيع نفذ اعتاقه استحسانا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا ينفذ قياسا ولا خلاف في أنه لو باعه المشتري ثم أجاز المالك
البيع الاول أنه لا ينفذ البيع الثاني (وجه) القياس ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا عتق فيما لا يملكه
ابن آدم ولا ملك للمشتري في العبد لانه ملك المغصوب منه فلا ينفذ اعتاقه فيه فينفذ عليه عند الاجازة ولهذا لم ينفذ بيعه
(وجه) الاستحسان ان اعتاق المشتري صادم ملكا على التوقف فيعتق على التوقف كالمشتري من الوارث
عبد آمن التركة المستغرقة بالدين اذا اعتقه ثم أبرأ الغرماء الميتم عن ديونهم والدليل على ان الاعتاق صادم ملكا
على التوقف أن سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالي عن الشرط ممن هو من أهل البيع في محل قابل
الا أنه لم ينفذ دفعا للضرر عن المالك ولا ضرر عليه في التوقف فيتوقف واذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف
الاعتاق بخلاف البيع فانه يعتمد شرطا آخر ألا ترى أنه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض مع قيام الملك لمعنى
الغرر وفي توقيف نفاذ البيع الاول تحقيق معنى الغرر ولو أودع الغاصب المغصوب فهلك في يد المودع يتخير المالك
في التضمن فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد لانه تبين انه أودع ملك نفسه وان ضمن المودع يرجع على
الغاصب لانه غره بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرر وهو ضمان الالتزام في الحقيقة ولو استهلك المودع فالجواب
على القلب من الاول انه ان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المودع لانه تبين انه استهلك ماله وان ضمن
المودع لم يرجع على الغاصب لانه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو أجاز الغاصب المغصوب أو رهنه من انسان
فهلك في يده يتخير المالك فان ضمن الغاصب لا يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه أجاز ورهن ملك نفسه الا
ان في الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك الرهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن يرجع على الغاصب بما
ضمن والمرتهن يرجع بدينه أيضا أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مفرورا وأما رجوع
المستأجر فلا لانه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة فيتحقق الغرر فاشبه المودع ولو استهلك
المستأجر أو المرتهن يتخير المالك الا أنه ان ضمن الغاصب يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه أجاز ملك نفسه
ورهن ملك نفسه فاستهلكه المستأجر والمرتهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن لم يرجع على أحد لانه ضمن بفعل
نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعاره الغاصب فهلك في يد المستعير يتخير المالك وإيها ما ضمن لا يرجع بالضمان
على صاحبه . أما الغاصب فلا شك فيه لانه أعار ملك نفسه فهلك في يد المستعير وأما المستعير فلا لانه استفاد ملك
المنفعة فلم يتحقق الغرر والله تعالى أعلم وعلى هذا تخرج منافع الاعيان المنقولة المعصوية أنها ليست بمضمونة
عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمونة نحو ما اذا غصب عبدا أو دابة فامسكه أياما ولم يستعمله ثم رده على مالكه لانه
لم يوجد تقويت يد المالك عن المنافع لانها اعراض تحدث فشيئا على حسب حدوث الزمان فالمنفعة الحادثة على يد
الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك فلم يوجد تقويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب وعنده حد الغصب اثبات اليد
على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد في المنافع والمنفعة مال بدليل أنه يجوز أخذ العوض عنها في الاجارة وتصلح
مهر في النكاح فتحقق الغصب فيها فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا غصب دارا أو عقارا فانهدم شيء من

البناء أو جاء سبيل فذهب بالبناء والاشجار أو غلب الماء على الأرض فبقيت تحت الماء أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف الآخر وعند محمد وهو قول أبي يوسف الأول يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله أما الشافعي فقد مر على أصله في تحديد الغصب أنه أثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول وأما محمد رحمه الله تعالى فقد مر على أصله في حد الغصب أنه أزاله يد المالك عن ماله والفعل في المال ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار لأن ذلك عبارة عن إخراج المال من أن يكون منتفعا به في حق المالك أو عجز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار فيتحقق الغصب والدليل عليه مسألة ذكرناها في الرجوع عن الشهادات وهي أن من ادعى على آخر داراً فأفانكر المدعى عليه فأقام المدعى شاهدين وقضى القاضي بشهادتهما رجعا يضمنان كما لو كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار والمنقول في ضمان الرجوع فدل أن الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعاً وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فراعى أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل وعلى أنهما أن سلما تحقق الغصب في العقار فالأصل في الغصب أن لا يكون سبباً لوجوب الضمان لأن أخذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه ألا ترى أنه تزول يده وماله عن الضمان فيستدعي وجود الاتلاف منه أما حقيقة أو تقدير إلا أن الله سبحانه وتعالى لم يشرع الاعتداء بالمثل قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجد ههنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديراً أما الحقيقة فظاهرة وأما التقدير فلأن ذلك بالنقل والتحويل والتغيب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا لو حبس رجلاً حتى ضاعت مواشيه وفسد زرعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف حقيقة وتقديرًا فينتفي الضمان لضرورة النص وعلى هذا الاختلاف إذا غصب عقاراً فجاء إنسان فأتلفه فالضمان على المتلف عندهما لأن الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك فإن اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف وإن اختار تضمين المتلف لا يرجع على أحد إلا أنه ضمن بفعله نفسه (وأما) مسألة الرجوع عن الشهادة فمن أصحابنا من منعها وقال إن محمد رحمه الله بنى الجواب على أصل نفسه فاما على قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا بأس بالتسليم لأن ضمان الرجوع ضمان اتلاف لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف وعلى هذا يخرج ما إذا غصب صبياً حرّاً من أهله فمات في يده من غير آفة أصابته بأن مرض في يده فمات أنه لا يضمن لأن كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب والحر ليس بمال ولو مات في يده بآفة بان عقره أسداً ونهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسبباً والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبباً على ما ذكره في مسائل الاتلاف إن شاء الله تعالى ولو غصب مدبراً فهلك في يده يضمن لأن المدبر مال متقوم إلا أنه امتنع جواز بيعه إذا كان مدبراً مطلقاً مع كونه مالا متقوماً لا نعتاً بسبب الحرية للحال وفي البيع إبطال السبب على ما عرف وكذلك لو غصب مكاتباً فهلك في يده لا نه عبداً بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوماً ومعتق البعض بمنزلة المكاتب على أصل أبي حنيفة فكان مضموناً بالغصب كالمكاتب وعلى أصلهما هو حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب أم ولد إنسان فهلك عند لم يضمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يضمن وأم الولد لا تضمن بالغصب ولا بالقبض في البيع القاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجاءين جاءت بولد فادعياه جميعاً ثم أعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيئاً ولا تسعى هي في شيء أيضاً عنده وعندهما يضمن في ذلك كله كالمدبر ولقب المسئلة أن أم الولد هل هي متقومة من حيث أنها مال أم لا ولا خلاف أنها متقومة بالقتل ولا خلاف في أن المدبر متقوم (وجهه) قولهما أنها كانت مالا متقوماً والاستيلاء لا يوجب المالية والتقوم لانه

لا يثبت به الا حق الحرية فانه لا يبطل المالية والتقوم كافي المدبر (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان الاستيلاء اعتاق لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في جاريته مارية أعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا أنه تأخر في حق بعض الاحكام فمن ادعى التأخر في حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف المدبر لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى أنه لا يثبت به العتق للحال أصلاً وانما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقوم ويمنع جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي أو لمسلم فهلك في يده أو استهلكه أنه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال في الاديان كلها ولود بعه الغاصب وصار مالا فحكمه نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا غصب خمر المسلم أو خنزير را له فهلك في يده أنه لا يضمن سواء كان الغاصب مسلماً أو ذمياً لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمر أو خنزير الذمي فهلك في يده يضمن سواء كان الغاصب ذمياً أو مسلماً غير ان الغاصب ان كان ذمياً فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته وان كان مسلماً فعليه القيمة فيهما جميعاً وهذا عندنا وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائناً من كان (وجه) قوله أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس كافة لقوله سبحانه وتعالى في صفة الخمر رانه رجس من عمل الشيطان وصفة الحل لا تختلف باختلاف الشخص وقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها أخبر عليه الصلاة والسلام كونها محرمة وجعل علة حرمتها عينها فتدور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة لا تكون مالا لان المال ما يكون منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الاطلاق (ولنا) ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المعروف فاعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمي الضمان اذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملاً بظاهر الحديث وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالحل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعاً فكان كل واحد منهما مالا متقوماً في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة لانه صالح لا قامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثابت نصاً غير معقول المعنى أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون لان الصدا لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع ولانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائعهم هي حرمت عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق وجوب الضمان وجهان أحدهما ان الخمر وان لم يكن مالا متقوماً في الحال فهي معرض أن نصير مالا متقوماً في الثاني بالتخلل والتخليل وجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوماً في الجملة ولا يقف على ذلك للحال ألا ترى ان المهر والجحش ومالا منفعته في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير لما روى عن سيدنا علي كرم الله وجهه أنه قال أمرنا بان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وبقى الضمان بالغصب والاتلاف يفرض الى التعرض لان السفية اذا علم أنه اذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم وتعرض لهم من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها ذمي أو مسلم فهلك عند الغاصب أو خللها فلا ضمان عليه ولو استهلكها يضمن خلاً مثلها لان الغصب حين وجوده لم ينعقد سبباً لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع آخر لأن الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن وان استهلكه فقد وجد منه

صنع آخر سوى الغصب وهو اتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب مسلم من نصراني صليبا له فهلك في يده يضمن قيمته صليبا لانه مقرر على ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا استخدم عبد رجل بغير أمره أو بعثه في حاجة أو قاد دابة له أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها بغير إذن صاحبها انه ضامن بذلك سواء عطب في تلك الخدمة أو في مضيه في حاجته أو مات حتف أنفه لأن يد المالك كانت ثابتة عليه وإذا أثبت يد التصرف عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب ولو دخل دار انسان بغير إذنه وليس في الدار أحد فهلك في يده لم يضمن في قولهما وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره أو بساط غيره بغير إذنه فهلك لا يضمن بالاجماع لأن تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم الغصب فله في الاصل حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة والثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فهو الاتم واستحقاق المؤاخذه إذا فعله عن علم لانه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذه وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة وإن فعله لا عن علم بان ظن أنه ملكه فلا مؤاخذه عليه لأن الخطأ مرفوع المؤاخذه شرعا ببركة دعاء النبي عليه الصلاة والسلام بقوله عليه الصلاة والسلام ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (وأما) الذي يرجع الى الدنيا فأنواع بعضها يرجع الى حال قيام المغصوب وبعضها يرجع الى حال هلاكه وبعضها يرجع الى حال نقصانه وبعضها يرجع الى حال زيادته (أما) الذي يرجع الى حال قيامه فهو وجوب رد المغصوب على الغاصب والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الرد وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان ما يصير المالك به مستردا أما السبب فهو أخذ مال الغير بغير إذنه لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يأخذ أحدكم مال صاحبه لا عبا ولا جادا فإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليرد عليه ولأن الأخذ على هذا الوجه معصية والردع عن المعصية واجب وذلك برذل المأخوذ ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الأصل لوجود سبب وجوب الرد فيه ومؤنة الرد على الغاصب لأنها من ضرورات الرد فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية (وأما) شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده أو استهلك بصورة ومعنى أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد الى الضمان لأن الهالك لا يحتمل الرد وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب أو نواه فغرسها حتى نبتت أو باقلة فغرسها حتى صارت شجرة أو بيضة فحضرها حتى صارت دجاجة أو قطناً فغزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه أو خاطه قميصا أو لحما فشواه أو طبخه أو شاة فذبحها وشواه أو طبخها أو حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو سميا فعصره أو عنباً فعصره أو حديدا فضر به سيفاً أو سكيناً أو صفراً أو نحاساً فعمله آنية أو ترابا له قيمة فلبنه أو اتخذ خزفاً أو لبنا فطبخه أجراً ونحو ذلك انه ليس للمالك أن يسترد شيئا من ذلك عندنا ويزول ملكه بزمان المثل أو القيمة وعند الشافعي له ولاية الاسترداد ولا يزول ملكه وجه قوله ان ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب وانما فاته بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد كما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو صبغه أحمر أو أصفر لأن الملك في المغصوب كان ثابتا للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك له فيلحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فتبقى له ولاية الاسترداد (ولنا) أن فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلا كالمغصوب اما بصورة ومعنى أو معنى لا صورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الاستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيئا آخر بتخليق الله تعالى وإيجاده لانه لم يتبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه وقيام الاعيان بقيام صورها

ومعانيها المطلوب منها وفي بعضها ان بقيت الصورة فتدقات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكاً
للمغصوب صورة ومعنى أو معنى فيبطل حق الاسترداد اذا هالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي ولانه اذا حصل
الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لا يبقى في الهالك كما في الهالك الحقيقي فتنتقطع ولاية الاسترداد ضرورة
ولان الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه أو اضراراً به وهذا يوجب زوال ملكه عن
المغصوب لما ذكره ان شاء الله تعالى واذا زال ملك المالك بالضمان ثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب
الثبوت في محل قابل وهو اثبات الملك على مال غير مملوك لاحد به تبين أن فعله الذي هو سبب لثبوت الملك مباح
لا حذر فيه فجاز أن يثبت الملك به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب لبناً أو آجرأ أو ساجدة فادخلها في بناءه انه لا يملك
الاسترداد عندنا وتصير ملكاً للغاصب بالقيمة خلافاً للشافعي رحمه الله فهو على أصله المعهود في جنس هذه المسائل أن
فعل الغاصب محظور فلا يصلح سبباً لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحقق فعله بالعدم شرعاً بقي ملك
المغصوب منه كما كان (ولنا) أن المغصوب بالادخال في البناء والتركيب صار شيئاً آخر غير الاول لا اختلاف
المنفعة اذ المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد فصار به تابعاً له فكان الادخال اهلاً كامعنى فيوجب زوال
ملك المغصوب منه ويصير ملكاً للغاصب ولان الغاصب يتضرر بنقض البناء والمالك وان كان يتضرر بزوال
ملكه أيضاً لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابل به عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع ولهذا
لو غصب من آخر خيطاً فحاط به بطن نفسه أو دابة ينقطع حق المالك كذا هذا وذكروا كذا الكرخي رحمه الله أن موضوع
مسألة الساجدة ما اذا بنى الغاصب في حوالى الساجدة لا على الساجدة فاما اذا بنى على نفس الساجدة لا يبطل ملك
المالك بل ينتقض وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لان البناء اذا لم يكن على نفس الساجدة لم يكن الغاصب
متعدياً بالبناء لينتقض ازالة للتعدى واذا كان البناء عليها كان متعدياً على الساجدة فيزال تعديه بالنقض والصحيح أن
الجواب في الموضوعين والخلاف في الفصلين ثابت لانه كيف ما كان لا يمكنه رد الساجدة الا بنقض البناء ولزوم ضرر
معتبر هذا موضوع المسألة حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينتقطع حق المالك بالاتفاق بل يؤمر بالرد ولو بيعت الدار
في حياة الغاصب أو بعد وفاته كان صاحب هذه الاشياء اسوة الغرماء في الثمن فلا يكون أخص بشيء من ذلك لان
ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك لو غصب خوصاً فجعله زنبيلاً لا سبيل
للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساجدة اذا جعلها بناء ولو غصب نخلة فشقها فجعلها جذوعاً كان له أن يأخذ
الجذوع لان عين المغصوب قائمة وانما فرق الاجزاء فاشبه الثوب اذا قطعه ولم يخطه ولو غصب أرضاً فبنى عليها أو
غرس فيها لا ينقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البناء والغرس وردّها فارغة لان الارض بحالها لم تتغير ولم تصر
شيئاً آخر ألا ترى أنهم لم يتركب بشيء وانما جاورها البناء والغرس بخلاف الساجدة لانها ركبت وصارت من جملة
البناء ألا ترى انه يسمى الكل بناء واحداً فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فالمالك أن يضمن له قيمة البناء
والغرس مقلوعاً ويكون له البناء والغرس لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع والمالك أيضاً
يتضرر بنقصان ملكه فلزم رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبرذهب أو فضة فصاغه اثناء أو ضرب به دراهم أو
دنانير فالمغصوب منه أن يأخذه ولا يعطيه شيئاً لاجل الصياغة على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لا سبيل له على
ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب وأجمعوا على أنه اذا سبكه ولم يصغره أو جعله مراً بعاً أو مطولاً أو مدوراً أن له أن
يسترده ولا شيء عليه (وجه) قولهما أن صنع الغاصب وقع استهلاكاً كالان المغصوب بالصياغة صار شيئاً آخر
فاشبهه ما اذا غصب حديداً فاتخذ سيفاً أو سكيناً وجهه قوله أن استهلاك الشيء اخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة
موضوعه له مطلوب منه عادة ولم يوجد ههنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهى باقية بعدما استحدث الصنعة
فلم يتحقق الاستهلاك فبقى على ملك المغصوب منه ولو غصب صفراً أو نحاساً أو حديداً فضر به آنية ينظر ان

كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الذهب والفضة لأنه لم يخرج بالضرب والصناعة عن حد الوزن وان كان يباع عدداً ليس له أن يسترده بخلاف لأنه خرج عن كونه موزوناً بخلاف الذهب والفضة لأن الوزن فيهما أصل لا يتصور سقوطه أبداً ولو غصب ثوباً فقطعه ولم يخطه أو شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع حق المالك إذا لم يخب ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعيب فلا يوجب زوال المالك بل يوجب الخيار للمالك على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) بيان ما يصير المالك به مسترداً للمغصوب فنقول وبالله التوفيق الأصل أن المالك يصير مسترداً للمغصوب بإثبات يده عليه لأنه صار مغصوباً بتقويت يده عنه فإذا أثبت يده عليه فقد أعاده إلى يده فزال يد الغاصب ضرورة إلا أن يغصبه ثانياً وعلى هذا تخرج المسائل إذا كان المغصوب عبداً فاستخدمه أو ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو حمل عليها صار مسترداً له ويبرأ الغاصب من الضمان لما قلنا سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم لأن إثبات اليد على العين أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل ولهذا لم يكن العلم شرطاً لتحقيق الغصب فلا يكون شرطاً لبطلانه وكذلك لو كان طعاماً فأكله لأنه أثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب وكذا إذا أطعمه الغاصب يبرأ عن الضمان عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يبرأ وجه قوله أنه غره في ذلك حيث أطعمه ولم يعلم أنه ملكه فلا يستقط عنه الضمان (ولنا) أنه أكل طعام نفسه فلا يستحق الضمان على غيره كما لو كان في يد الغاصب فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو الذي اغتر بنفسه حيث تناول من غير بحث أنه ملكه أو ملك الغاصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على غيره ولو كان المغصوب عبداً فآجره من الغاصب للخدمة أو ثوباً فآجره منه للباس أو دابة للركوب وقبل الغاصب الآجارية برى عن الضمان لأن الآجارية إذا صارت يد الغاصب على المحل يد الآجارية وأنها يد حقة فتبطل يد الغاصب ضرورة فيبرأ عن الضمان حين وجبت عليه الآجارية بالآجارية وقالوا في الغاصب إذا آجر العبد المغصوب من مولا له لينبئ له حائطاً معلوماً أنه يستقط ضمان الغصب حين يتبدى بالبناء لأن البراءة عن الضمان في الموضعين جميعاً متعلقة بوجوب الآجارية والاستئجار العبد والثوب تجب بالتسليم وهو التخلية وهما توجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا ولو زوج الأمة المغصوبة من الغاصب لا يبرأ عن الضمان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف يبرأ بناء على أن المشتري هل يصير قابضاً بالتزويج أم لا وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع في بيان حكم البيع ولو استأجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملاً من الأعمال فهو جائز لكنه لا يصير مسترداً للعبد ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بل هو في يد الغاصب على ضمانه حتى لو هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل أو بعده ضمن وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب لأن الآجارية ههنا ما وقعت على المغصوب فلم تثبت يد الآجارية عاياه لتبطل عنه يد الغاصب فبقي في يد الغاصب كما كان فبقي مضموناً كما كان بخلاف استئجار المغصوب على ما بينا وإذا رد الغاصب الثاني المغصوب على الغاصب الأول برى لأن يده يد المالك من وجه فيصح الرد عليه والله سبحانه وتعالى اعلم (وأما) الذي يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان أحدهما وجوب الضمان على الغاصب والثاني ملك الغاصب المضمون (أما) وجوب الضمان فالكلام فيه في مواضع في بيان كيفية الضمان وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان وقت وجوبه وفي بيان ما يخرج به الغاصب عن عهده (أما) الأول فالمغصوب لا يخلو إما أن يكون مما له مثل وإما أن يكون مما لا مثل له فان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فعلى الغاصب مثله لأن ضمان الغصب ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل قال الله تبارك وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل المطلق هو المثل بصورة ومعنى فاما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة ولأن ضمان الغصب ضمان جبر القائن ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التعذر وقال زفر رحمه الله الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع وإن كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لأنه تعذر إيجاب المثل بصورة ومعنى لا مثله فيجب

المثل معنى وهو القيمة لأنها المثل الممكن والاصل في ضمان القيمة ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه بنصف قيمته للذي لم يعتق والنص الوارد في العبد يكون وارداً في اتلاف كل ما لا مثل له دلالة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط وجوب الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد المفعوب فإدام قادراً على رده على الوجه الذي أخذه لا يجب عليه الضمان لأن الحكم الأصلي للغصب هو وجوب رد عين المفعوب لأن بالرد يعود عين حقه إليه وبه يندفع الضرر عنه من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وإنما يصار إلى الخلف عند العجز عن رد الأصل وسواء عجز عن الرد بفعله بأن استهلكه أو بفعل غيره بأن استهلكه غيره أو بآفة سماوية بأن هلك بنفسه لأن المحل إنما صار مضموناً بالغصب السابق لأن فعله ذلك لا بهلاكه لأن الهلاك ليس صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لأن عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى الغاصب هلاك المفعوب ولم يصدقه المفعوب منه أنه يطلب منه بينة فإن أقامها والاحتج به القاضي مدة يغلب على ظنه أنه لو كان في يده لا ظهره ثم قضى عليه بالضمان لأن بذلك ثبت عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه دين فطولب به فادعى الإفلاس ومن شرط الخطاب بإداء الضمان أن يكون المثل موجوداً في أيدي الناس حتى لو غصب شيئاً له مثل ثم انقطع عن أيدي الناس لا يخاطب بإدائه للمحال لأنه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة ولو اختصما في حال انقطاعه عن أيدي الناس فقد اختلف أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع وجهه قوله أن الغصب أوجب المثل على الغاصب والمصير إلى القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب الانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر من وقت وجود سببه وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن الواجب كان مثل المفعوب وبالا انقطاع عن أيدي الناس لم يبطل الواجب لأن الأصل أن ما ثبت يبقى لتوهم الفائدة وتوهم العود ههنا ثابت ألا ترى أن للمالك أن يختار الانتظار إلى وقت ادراكه فيأخذ المثل وإذا بقي المثل واجبا بعد الانقطاع فأنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة فاما علم الغاصب بكون المفعوب ملك غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أخذ ما لا على وجه يحق له أخذه ظاهره وفي الباطن بخلافه كما إذا اشترى شيئاً أو ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين أنه مستحق يضمن لكن لا اثم عليه لأن العلم ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذه قال الله سبحانه وتعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (وأما) وقت وجوب الضمان فوق وقت وجود الغصب لأن الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه فتعتبر قيمة المفعوب يوم الغصب حتى لا يتغير بتغير السعر لأن السبب لم يتغير ولا تغير المحل أيضاً لأن تراجع السعر لفتور يحدنه الله سبحانه وتعالى في قلوب عباده (وأما) بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان فالذي يخرج به عن عهده شيئان أحدهما إداء الضمان إلى المالك أو من يقوم مقامه لأن الأصل في طريق الخروج عن عهدة الواجب إداؤه ولو هلك المفعوب في يد الغاصب الثاني فادى القيمة إلى الغاصب الأول يبرأ عن الضمان في الرواية المشهورة وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يبرأ إلا بقضاء القاضي وجه هذه الرواية أن الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه إلا بالإداء إلى المالك وجه الرواية المشهورة أن الضمان خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين برئ عن الضمان فكذا إذا رد القيمة لأن ذلك رد العين من حيث المعنى والثاني البراء وهو نوعان صريح وما يجزى مجزى الصريح ودلالة (أما) الأول فنحو أن يقول أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك وما أشبه ذلك فيبرأ عن الضمان لأنه أسقط حق نفسه وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط وأما الثاني فهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين فيبرأ الآخر لأن اختيار تضمين أحدهما براءة الآخر دلالة لما ذكرنا فيما تقدم

فيبرأ اما بنفس الاختيار أو بشرطة رضا من اختار تضمينه أو القضاء على اختلاف الر وايتين اللتين ذكرناهما ولو
 أبرأه عن ضمان العين وهي قائمة في يده صبح ال ابراء وسقط عنه الضمان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه
 الله لا يصح وجه قوله ان ال ابراء اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل فالتحق بالعدم وبقيت العين مضمونة كما كانت
 واذا هلكت ضمن (ولنا) ان العين صارت مضمونة بنفس الغصب لان الغصب سبب لوجوب الضمان فكان
 هذا ابراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ولو أجل
 المغصوب منه الغاصب يبدل الغصب صبح التأجيل عند أصحابنا وعند زفر لا يصح استدلالا بالقرض (ولنا) أن
 عدم اللزوم في القرض لكونه جاريا مجرى الاعارة لما بين في كتاب القرض والاجل لا يلزم في العواري وهذا المعنى
 لا يوجد في الغصب فيلزمه وهذا لان الاصل هو لزوم التأجيل لانه تصرف صدر من أهله في محله وهو الدين الآن
 عدم اللزوم في باب القرض لضرورة الاعارة ولم يوجد هنا فيلزم على الاصل والله تعالى أعلم (وأما) ملك الغاصب
 المضمون فالكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان أصل الحكم انه سبب أم لا. وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان صفة
 الحكم الثابت (أما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يثبت اذا كان المحل قابلا للثبوت ابتداء
 وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت أصلا حتى ان من غصب عبدا واكتسب في يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن
 الغاصب قيمته فالكسب ملك للغاصب عندنا وعند هذه ملك للمالك ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن
 رده الى المالك فالمغصوب منه بالخيار ان شاء انتظر الى ان يظهر وان شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه
 قيمته ثم ظهر العبد ينظر ان أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التي سماها ورضى بها أو بتصادقهما عليه أو بقيام البينة
 أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعنده يأخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبرا
 يعود على ملك المالك بالاجماع وجه قوله أن المالك لا بدله من سبب والغصب لا يصلح سببا لانه محذور والمالك نعمة
 وكرامة فلا يستفاد بالمحذور ولان ضمان الغصب لا يقابل العين وانما يقابل اليد الفاتية فلا تملك به العين كما في غصب
 المدبر (ولنا) ان ملك الغاصب يزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل ولانه
 اذا زال ملك الغاصب عن الضمان وأنه بدل المغصوب لانه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البديل بكامله لو لم يزل ملكه
 عن المغصوب لا يجتمع البديل والمبدل في ملك المالك وهذا لا يجوز واذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب أثبت
 يده على مال قابل للملك لا ملك لا حذ فيه فيملكه كما يملك الخطب والحشيش بآيات يده عليهما وبه تبين ان ما هو
 سبب الملك فهو مباح لا حظ فيه فجاز ان يثبت به الملك بخلاف المدبر لانه لا يحتمل ابتداء المالك فيزول ملك المالك
 لكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول المحل التملك ابتداء وههنا بخلافه والله تعالى أعلم ولو أخذ صاحبه القيمة بقول
 الغاصب بان اختلفا في القيمة وقضى القاضي بالقيمة بقول الغاصب ويؤمينة ثم ظهر العبد ذكر في ظاهر الرواية ان
 المغصوب منه بالخيار ان شاء رضى بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب وان شاء رد المأخوذ وأخذ العبد لانه تبين ان
 المأخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكامله فيثبت له الخيار وان أراد استرداد العبد فالغاصب أن
 يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ولو مات العبد في يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل
 القيمة ان كان في قيمة العبد فضل على ما أخذه وان لم يكن فيها فضل فلا شيء سوى له القيمة وروى عن أبي يوسف
 رحمه الله انه اذا ظهر العبد وقيمته أكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فاما اذا كانت قيمته مثل ما قال
 الغاصب أو أقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل الكرخي رحمه الله لانه رضى بزوال ملكه بهذا البديل وفي
 ظاهر الرواية أثبت الخيار من غير تفصيل ولو اختلفا في زيادة القيمة فادعى الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعى
 المغصوب منها انها كانت قبله كان الحصا يصح يقول من تلقاء نفسه ان القول قول الغاصب لان التملك قد صبح فلا يفسخ
 الشك (وأما) وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لان الملك في الضمان يستند الى وقت وجود الغصب فكذا

في المضمون فيظهر في الكسب والغلة والربح وأما شرط ثبوت الملك في المضمون فاهو شرط ثبوت الملك في الضمان وهو اختيار الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار الضمان على حكم ملكه عنده فانه لو أراد أن لا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم الغاصب في القيمة له ذلك وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا ليس بشرط ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان والمضمون جميعاً وعلى هذا الأصل يبني الصالح عن المغصوب الذي لا مثل له على اضعاف قيمته أنه جائز عنده وعندهما لا يجوز (وجهه) البناء أنه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو مال مقدر والزيادة عليه تكون ربا ولما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم يوجد منه الاختيار كان الصالح تقدير القيمة للمغصوب هذا القدر وتعليك للمغصوب به كانه باعه من الغاصب به فجاز والله تعالى أعلم (وأما) صفة الملك الثابت للغاصب في المضمون فلا خلاف بين أصحابنا في أن الملك الثابت له يظهر في حق نقاذ التصرفات حتى لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل اداء الضمان ينفذ كما تنفذ هذه التصرفات في المشتري شراء فاسداً واختلقوا في أنه هل يباح له الانتفاع به بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل اداء الضمان فإذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال أبو حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه وإن كان فيه فضل يتصدق بالفضل وقال أبو يوسف رحمه الله يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل إن كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهو القياس وقول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسان (وجهه) القياس أن المغصوب مضمون لا شك فيه وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب على أصل أصحابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضا غير المالك كما في سائر أملاكه ويطيب له الربح لا نهر بجم ما هو مضمون ومملوك وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب له عنده لما نذكر فرج المملوك المضمون أولى (وجهه) الاستحسان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أضافه قوم من الأنصار فقدموا إليه شاة مصلية فجعل عليه الصلاة والسلام يمضغه ولا يسيغه فقال عليه الصلاة والسلام إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق فقالوا هذه الشاة لجاننا نذبحناها لترضية بثمانها فقال عليه الصلاة والسلام اطعموها الأسارى أمر عليه الصلاة والسلام بأن يطعموها الأسارى ولم ينتفع به ولا أطلق لأصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالاً طيباً لا طلاق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم إلى الكل ولا للطيب لا يثبت إلا بالملك المطلق وفي هذا الملك شبهة العدم لانه ثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجهه ويقتصر على الحال من وجهه فكان في وجوده من وقت الغصب شبهة العدم فلا يثبت به الحل والطيب ولأن الملك من وجهه حصل بسبب محظور أو وقع محظوراً ابتداءً فلا يخلو من خبث ولأن أبا حنيفة لا ينتفع قبل الارضاء يؤدي إلى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما إذا غصب حنطة فطحنها أنه لا يحل له الانتفاع بالدقيق حتى يرضى صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال أبو حنيفة ومحمد يكره له أن ينتفع به حتى يرضى صاحبه ويتصدق بالفضل وقال أبو يوسف لا يكره له الانتفاع به قبل اداء الضمان ولا يلزمه التصدق بالفضل فظاهر هذا الإطلاق يدل على أن عندهما يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه بإداء الضمان وفرق أبو يوسف بين الزرع والطحن فقال في الطحن مثل قولهما أنه لا يحل الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لأن الحنطة لم تهلك بالطحن وإنما تغيرت صفتها من التركيب إلى التفريق فكان عين الحنطة قائمة فكان حق المالك فيها قائماً خلافاً للزرع لأن البذر يهلك بالزراعة لانه يغيب في الأرض فيخرج من أن يكون مالا متقوماً فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره الانتفاع به وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله فيمن غصب نوى فصارت نخلاً أنه يحل الانتفاع به كما في الحنطة إذا زرعها وقال في الودي إذا غرسه فصارت نخلاً أنه يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لأن النوى يعفن ويهلك والودي يزيد في نفسه وروى عن أبي حنيفة في الشاة إذا ذبحها فشواها أنه لا يسع له أن يأكلها ولا يطعم أحداً حتى يضمّن القيمة وإن كان صاحبها غائباً أو حاضراً لا يرضى بالضمان لا يحل له أكلها وإذا دفع الغاصب

قيمتها محل له الا كل كذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه الحاكم وهذا عندى ليس باختلاف رواية بل هذه
الرواية تفسر الاولى لان قوله حتى رضى صاحبه بحله يحتمل الارضاء باداء الضمان ويحتمل الارضاء باختيار
الضمان فالمسلك هو رهنه مفسر فيحمل الحمل على المفسر فيحمل قوله حتى رضى به على الارضاء باختيار الضمان ورضاه
لا على الارضاء باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الا انتفاع به قبل اختيار الضمان ويحل بعده سواء أدى
الضمان أولا وهذا قولهما وهو قياس قول أبي يوسف رحمه الله في الشاة المشوية أنه يحل له الا انتفاع بها فياكلها
ويطعمها من شاء سواء أدى الضمان أم لا ولا خلاف في انه اذا أدى الضمان أنه يحل له الا كل وكذلك اذا أبرأه عن
الضمان وكذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه القاضي لان القاضي لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه اختيارا
للضمان ورضاه وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة أنه يضمن النقصان والغلة له ويتصدق بها
في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله هي طيبة أما ضمان النقصان فلان الاستغلال وقع اتلاف فيضمن قدر ما أتلف
ويطيب له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بربح والنهي وقع عن الربح (وأما) الغلة فلم يغصب عندنا وعند الشافعي
رحمه الله للمالك وهي فريضة مسئلة المنافع وقد مررت في موضعها (وأما) التصديق بالغلة وهي الاجرة عندهما فلا نها
خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان سبيلها التصديق ولا يبي يوسف أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن
وهذا ربح مضمون والجواب أن التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم المالك من طريق الاولى لان الملك
فوق الضمان ولو غصب أرضا فزرعها كرا فنقصتها الزراعة وأخرجت ثلاثة أكرار يغرم النقصان وياخذ رأس
المال ويتصدق بالفضل أما ضمان النقصان فلان الغاصب نقص الأرض بالزراعة وذلك اتلاف منه والعقار
مضمون بالاتلاف بلا خلاف وأما التصديق بالفضل فلحصوله بسبب خبيث وهي الزراعة في أرض الغصب وان
كان البذر ملكا له ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا أن النهي ورد عن الربح وهذا ليس بربح فلم يحرم
والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب الف الفاشترى جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين
جارية فباعها بثلاثة آلاف انه يتصدق بجميع الربح في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا يلزمه التصديق بشئ لأنه
ربح مضمون مملوك لأنه عند أداء الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ويجرد الضمان يكفي للطيب فكيف اذا
اجتمع الضمان والمالك وهما يقولان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون المالك من طريق الاولى وفي هذا
المالك شبهة العدم على ما بينا فيما تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشترى بالالف جارية تساوى الفين فوهبها أو اشترى به
طعاما يساوى الفين فأكله لم يتصدق بشئ لأنه لم يحصل له الربح ولان الخبيث انما يثبت بشبهة عدم المالك والشبهة
توجب التصديق اما لا توجب التضمن وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المستودع احدي الوديعتين بالآخرى خلطا
لا يتميزان المخلوط يصير ملكا له عند أبي حنيفة رحمه الله لكن لا يطيب له حتى يرضى صاحبه على ما نذكره ان شاء الله
تعالى ولو اشترى بالدرهم المغصوبة شيئا هل يحل له الانتفاع به أو يلزمه التصديق ذكر الكرخي رحمه الله وجعل ذلك
على أربعة أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يشير الى غيرها وينقد منها واما
ان يطلق اطلاقا وينقد منها واذ أثبت الطيب في الوجوه كلها الا في وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد
منها وذكر أبو نصر الصفار والفقهاء أبو الليث رحمهما الله انه يطيب في الوجوه كلها وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه
لا يطيب في الوجوه كلها وهو الصحيح (وجه) قول أبي نصر وأبي الليث رحمهما الله تعالى ان الواجب في ذمة المشتري
دراهم مطلقة والمنقودة بدل عما في الذمة أما عند عدم الاشارة فظاهر وكذا عند الاشارة لان الاشارة الى الدراهم
لا تفيد التعيين فالتحقق الاشارة اليها بالعدم فكان الواجب في ذمته دراهم مطلقة والدراهم المنقودة بدلا عنها فلا ينجب
المشتري والكرخي كذلك يقول اذا لم تتأكد الاشارة بمؤكد وهو النقد منها فاذا تأكدت بالنقد منها تعين المشار اليه
فكان المنقود بدل المشتري فكان خبيثا (وجه) قول أبي بكر انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة أو الشبهة

فيثبت الخبث وهذا لانه ان أشار الى الدراهم المصوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين في حق الاستحقاق يتعين في حق جواز العقد بمعرفة جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشتري من وجهه نقد منها أو من غيرها وان لم يشر اليها ونقد منها فقد استفاد بذلك سلامة المشتري فتمكنت الشبهة فيخرب الرجح وإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى في زماننا بقول السكرخي تيسيرا للامر على الناس لآزدحام الحرام وجواب الكتب أقرب الى التنزه والاحتياط والله تعالى أعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها وعند الاستحقاق ينسخ العقد من الاصل فتبين ان المشتري كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المصوبة أمرأة وسعه ان يطأها بخلاف الشراء لما ذكرنا ان عند الاستحقاق ينسخ الشراء والنكاح لا يحتمل النسخ ولو كان المصوب تو بأف اشترى به جارية لا يسعه ان يطأها ولو تزوج عليه أمرأة حل له وطؤها لما قلنا والله عز وجل أعلم وأما الذي يتعلق بحال نقصان المصوب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه والثاني في بيان طريق معرفة النقصان أما الاول فنقول وبالله التوفيق اذا عرض في يد الغاصب ما يوجب نقصان قيمة المصوب والعارض لا يخلو اما ان يكون بغير السعر واما أن يكون فوات جزء من المصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فان كان بغير السعر لم يكن مضمونا لان المضمون نقصان المصوب ونقصان السعر ليس بنقصان المصوب بل لفتور محدثه الله تعالى عز شأنه في قلوب العباد لا صنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان كان فوات جزء من المصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فالمصوب لا يخلو اما ان يكون من غير أموال الربا واما ان يكون من أموال الربا فان كان من غير أموال الربا يكون مضمونا اذا لم يكن للمصوب منه فيه صنع ولا اختيار لانه هلك بعض المصوب بصورة ومعنى أو معنى لا صورة وهلاك كل المصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا ان ضمان الغصب ضمان جبر القائل فيتقدر بقدر الفوات وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من المصوب في يد الغاصب بأفة سماوية أو لحقه زمارة أو عرج أو شلل أو عمى أو عور أو صمم أو بكم أو حمى أو مرض آخر انه يأخذه المولى ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من عينه في يد المولى أو ألقع الحمى رد على الغاصب ما أخذه منه بسبب النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام وكذلك لو ابقى المصوب من يد الغاصب من عبد أو أمة اذا لم يكن ابقى قبل ذلك أو زنت الجارية المصوبة أو سرقته اذا لم تكن زنت قبل ذلك لفوات معنى مرغوب فيه وهو الصيانة عن هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبه موجبة للرد في باب البيع وجعل الباقي على المالك وهل يرجع به على الغاصب قال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع وقال محمد رحمه الله يرجع (وجهه) قوله ان جعل من ضرورات رد المصوب لان رد المصوب واجب على الغاصب ولا يمكنه الرد الا باعطاء الجعل فكان من ضرورات الرد فيكون عليه مؤنة الرد (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله ان الجعل انما يجب بحق الملك والمالك للمصوب منه فيكون الجعل عليه كدأوة الجراحة ولو قتل العبد المصوب أو الجارية المصوبة في يد الغاصب قتيلا أو جنى على حر أو عبد في نفس أو مادونها جناية رد الى مولاه ويقال له ادفعه بجنايته أو أفده لان الملك له ويرجع المولى على الغاصب بالاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان هذا الضمان انما وجب بسبب كان في ضمانه ولو استهلك لرجل مالا يخاطب المولى بالبيع أو الفداء ويرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما أداه عنه من الدين لما قلنا ولو قتل المصوب نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغضب ولا يضم من قيمته بقتل نفسه لان قتله نفسه هدر فصار كموته حتف الله ولو كان المصوب أمة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة الام ولا يضم من قيمة الولد لانه أمانة وكذلك اذا كبر المصوب في يد الغاصب من الغلام والجارية بان غصب عبدا شابا فأفشاخ في يد الغاصب أو جارية شابة فصارت.

عجوزاً في يده ضمن النقصان لأن الكبر يوجب فوات جزء أو صفة مرغوب فيها وكذلك إذا غصب جارية ناهداً فانكسر ثديها في يد الغاصب لأن نهود الثديين صفة مرغوب فيها ألا يرى إلى قوله عز وجل وكواعب أترابا وأمانيات اللحية للامرد فليس بمضمون لأنه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال ألا ترى أن حلق اللحية يوجب كمال الدية وكذلك لو غصب عبد أقارناً فنسى القرآن العظيم أو محترفاً فنسى الحرفة يضمن لأن العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيه وأما حبل الجارية المقصوبة بان غصب جارية فحبلت في يده فإن كان المولى أحبلها في يد الغاصب لأشياء على الغاصب لأن النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغاصب كما لو قتلها المولى في يد الغاصب وكذلك لو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المولى فصارت منه أو حدث في يده وإن حبلت في يد الغاصب من زنا أخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله بنظر إلى ما نقصها الحبل وإلى أرش عيب الزنا فيضمن إلا أكثر ويدخل الأقل فيه وهذا استحسان والقياس أن يضمن الأمرين جميعاً وروى عن محمد رحمه الله أنه أخذ بالقياس (وجهه) القياس أن الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصاناً على حدة فيفرد بضمان على حدة (وجهه) الاستحسان أن الجمع بين الضمانين غير ممكن لأن نقصان الحبل إنما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصاناً بسبب على حدة حتى يفرد بحكم على حدة فلا بد من إيجاب أحدهما فوجبنا الأكثر لأن الأقل يدخل في الأكثر ولا يتصور دخول الأكثر في الأقل فإن ردها الغاصب حاملاً فانت في يد المولى من الولادة فبقى ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يضمن إلا نقصان الحبل خاصة (وجهه) قولهما أن الرد وقع صحيحاً من الغاصب في القدر المردود وهو ما وراء الفات بالهبل والهلاك بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة فلا يكون مضموناً على الغاصب كما لو ماتت بسبب آخر وكما لو باع جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم ماتت من نقاسها أنه لا يرجع المشتري على البائع بشيء كذا هذا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل أو الزنا لأن ذلك أفضى إلى الولادة والولادة أفضت إلى الموت فكان الموت مضافاً إلى السبب السابق وإذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين أن الرد لم يصح لانعدام شرط صحته وهو أن يكون الرد مثل الأخذ من جميع الوجوه فصارتها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان كذلك يضمن الغاصب جميع قيمتها كذا هذا بخلاف مسألة البيع لأن الواجب هناك هو التسليم ابتداءً لا الرد وقد وجد التسليم فخرج عن العهدة وبخلاف الحرة إذا زانها مكرهة فماتت من الولادة أنه لا يضمن لأنها غير مضمونة بالأخذ ليلزمه الرد على وجه الأخذ بخلاف الأمة ولو كانت الجارية زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فحدث في يده ونقصها الضرب ضمن الغاصب إلا أكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما ليس عليه إلا نقصان الزنا (وجهه) قولهما أن النقصان حصل في يد المالك بسبب آخر ولا يضمنه الله أن النقصان حصل بسبب كان في ضمان الغاصب فيضاف إلى حين وجود السبب في يد الغاصب بسبب وجد في يده وهو الضرب فلا يكون مضموناً على الغاصب كما لو حصل في يد المالك فأبو حنيفة رضي الله عنه نظر إلى وقت وجود السبب وهما نظر إلى وقت ثبوت الحكم وهو النقصان ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن اشترى عبداً فوجده مباح الدم فقتل في يد المشتري أنه ينتقض العدة ويرجع على البائع بكل القيمة وكذلك لو كان سارقاً فقطع في يده رجوع بنصف الثمن اعتباراً للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم على الحال ويكون في ضمان المشتري ويرجع على البائع بنقصان العيب فإن قيل كيف يضاف النقصان إلى سبب كان في ضمان الغاصب وذلك السبب لم يوجب ضرراً جازحاً كيف يضاف نقصان الجرح إليه ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله في شهود الزنا إذا رجعوا بعد إقامة الجلدات أنهم لا يضمنون بنقصان الجرح لأن شهادتهم لم توجب ضرراً جازحاً فلم يضيف نقصان الجرح إليها كذا هذا قيل له أن النقصان لا يضاف إلى السبب

السابق ههنا كما لا يضاف الى شهادة الشهود هناك الا انه وجب الضمان ههنا لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان في يد الغاصب ولا يستند اليه أثره فيصير كأنها ضربت في يد الغاصب فانجرح تحت عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضمن الغاصب كذا هذا وانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا فيما تقدم ان النقصانين جميعا حصلا بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضمانين فيجب الا اكثر ويدخل الاقل فيه والله تعالى أعلم ولو كانت الجارية المعصوبة سرقت في يد الغاصب فردها على المالك فقطعت عنده يضمن الغاصب نصف قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن الا نقصان السرقة والكلام في هذه المسألة في الطرفين جميعا على نحو الكلام في المسألة الاولى الا ان أبا حنيفة رحمه الله اعتبر نقصان القطع ههنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة واعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان نقصان القطع يكون أكثر من نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فدخل الاقل في الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد يكون أكثر من نقصان الضرب لذلك اختلف اعتبارهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حمت الجارية المعصوبة في يد الغاصب فردها على المولى فانت في يده من الحمى التي كانت في يد الغاصب لم يضمن الغاصب الا ما نقصها الحمى في قولهم جميعا لان الموت يحصل بالآلام التي لا تتحملها النفس وانما تحدث شيئا فشيئا الى ان يتناهى فلم يكن الموت حصلا بسبب كان في ضمان الغاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى ولو غصب جارية محمولة أو حبلى أو بهاجرة أو مرض آخر سوى الحمى فانت من ذلك في يد الغاصب فهو ضامن لقيمتها وبها ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت في يد المولى بحبل كان في يد الغاصب حيث جعل هناك موتها في يد المالك كموتها في يد الغاصب ولم يجعل ههنا موتها في يد الغاصب كموتها في يد المالك (ووجه) الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل لا يفيض اليه فاضيف اليه كانه حصل في يده فتبين ان الرد لم يصح لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك ههنا حصل بسبب كان في يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان في ضمانه لان الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد صارت مضمونة بالغصب لان انعقاد سبب الهلاك لا يمنع دخولها في ضمان الغاصب لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على فعل الغاصب فاذا هلك في يده تقرر الضمان لكن منقوصا بما بها من المرض ونحوه لانها لم تدخل في ضمان الغصب الا كذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سميئة فهزلت في يد الغاصب ان عليه نقصان الهزال ولو عادت سميئة في يده فردها لاشى عليه لان نقصان الهزال انجبر بالسمن فصار كأن لم يكن أصلا وكذا اذا قلعت سننها في يده فنبئت فردها لانها لما نبئت ثانيا جعل كأنها لم تقلع وكذا اذا قطعت يدها في يده فردها مع الارش لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج نقصان الولادة انه مضمون على الغاصب لقوات جزء من المعصوب بالولادة الا اذا كان له جابر فينعدم القوات من حيث المعنى وجملة الكلام في الجارية المعصوبة اذا نقصتها الولادة ان الامر لا يخلو اما ان كان الام أو الولد جميعا قائمين في يد الغاصب واما ان هلك جميعا في يده واما ان هلك أحدهما وبقي الآخر فان كانا قائمين ردهما على المعصوب منه ثم ينظر ان كان في قيمة الولد وفاء لنقصان الولادة انجبر به ولا شى على الغاصب وان لم يكن في قيمته وفاء لنقصان انجبر بقدره وضمن الباقي استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو لم يكن في الولد وفاء لنقصان وقت الرد ثم حصل به وفاء بعد الرد لم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل في ضمان الغاصب فلا تصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان الحبل على هذا الخلاف بان غصب جارية حائلا فحملت في يد الغاصب فردها الى المالك فولدت عنده ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء لا يضمن الغاصب شيئا خلافا لفر رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا بيعت ببيع فاسد أو هي حامل فولدت في يد المشتري ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء فرد المشتري الجارية مع الولد الى البائع انه لا يضمن شيئا خلافا لفر وعلى هذا الخلاف اذا كان له جارية للتجارة فحال عليها الحول وقيمتها الف درهم فولدت فنقصتها الولادة مائتي درهم وفي الولد وفاء لنقصان انه يبقى الواجب في جميع الالف ولا يسقط منه شى وعند

زفر رحمه الله ببقى فيما وراء النقصان ويسقط بقدره (وجه) قول زفر رحمه الله في مسألة الغصب انه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان فيجب الضمان جبراله لان ضمان الغصب ضمان جبر الفاتت وقد حصل القوات فلا بد له من جابر والولد لا يصلح جابر له لان الفاتت ملك المصوب منه والولد ملكه أيضا ولا يعقل ان يكون ملك الانسان جابرا للملكة فلزم جبره بالضمان (ولنا) ان هذا نقصان صورة لا معنى فلا يكون مضمونا كنقصان السن والسنن والقطع وقدر الدليل على ان هذا ليس نقصانا معنى ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لان الزيادة مال متقوم مثل الفاتت فالسبب الذى فوت أفاد له مثله من حيث المعنى فلم يحصل القوات الا من حيث الصورة والصورة غير مضمونة بالقيمة في ضمان العدوان وقد خرج الجواب عن قوله ان جبر ملكه بملكه غير معقول لان ما ذكرنا يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى فيمتنع تحقق القوات من حيث المعنى فلا حاجة الى الجابر وان هلكا جميعا في يد الغاصب ضمن قيمة الام يوم غصب لتحقيق الغصب فيها ولم يضمن قيمة الولد عندنا لانه غير مغصوب وعند الشافعي رحمه الله يضمن لوجود الغصب فيه وقد مرت المسئلة في صدر الكتاب وان كان الغاصب قتل الولد أو باعه ضمن قيمته مع قيمة أمه لان الولد ان كان أمانة في يد الغاصب عندنا فالامانة تصير مضمونة بوجود سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بينا فيما تقدم فان كانت قيمة الام الف درهم فنقصتها الولادة مائة درهم والولد يساوى مائتين ضمن قيمة الام يوم الغصب الف درهم وضمن من الولد نصف قيمته مائة درهم يدخل ذلك النصف في قيمة الام وان شئت ضمنته قيمة الام يوم ولدت وقيمة الولد بامه وكل ذلك سواء لان النقصان اذا انجبر بالولد كان الواجب من الضمان في الحاصل الف ومائة فان اعتبرت قيمة الام تامة بقي نصف قيمة الولد وان اعتبرت قيمة الام تسعمائة بقي كل قيمة الولد وان هلك أحدهما بقي الآخر فان هلك الولد قبل الرد رد الام وضمن نقصان الولادة وليس عليه ضمان الولد عندنا لانه هلك أمانة فان هلكت الام وبقي الولد ضمن قيمة الام يوم غصب ورد الولد ولا تجبر الام بالولد وان كان في قيمة الولد وفاء بقيمة الام بخلاف ضمان النقصان انه يجبر بالولد لان الجبر هناك لاتحاد سبب النقصان والزيادة وهو الولادة ولم توجد ههنا لان الولادة سبب لحصول الولد وليست سببا لهلاك الام لانها لا تقضى الى الهلاك غالبا فلم يتحد السبب فيتعذر الجبر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطئه ان للمغصوب منه ان يضمينه النقصان غير ان النقصان ان كان يسيرا لا خيار للمغصوب منه وليس له الا ضمان النقصان لان ذلك نقص وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب وان كان فاحشا بان قطعه قباء أو قميصا فهو بالخيار ان شاء أخذه مقطوعا وضمنه ما نقصه القطع وان شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لان القطع الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب ألا ترى انه لا يصلح لما كان يصلح له قبل القطع فكان استهلاكه من وجهه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها يوم الغصب كذا ذكر في الاصل وسواء سلخها الغاصب وأربها أولا بعد ان لم يكن شواها ولا طبخها وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان شاء أخذ الشاة ولا شيء له غيرها وان شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب (وجه) هذه الرواية ان ذبح الشاة ان كان نقصانا صورة فهو زيادة من حيث المعنى لان المقصود من الشاة اللحم والذبح وسيلة الى هذا المقصود فلم يكن نقصانا بل كان زيادة حيث رفع عنه مؤنة الوسيلة فكان الغاصب محسنا في الذبح وقد قال الله تبارك وتعالى ما على الحسنين من سبيل فاذا اختار أخذ اللحم لا يلزمه شيء آخر الا انه ثبت له خيار الترك عليه ويضمنه القيمة لقوات مقصود ما في الجملة (وجه) رواية الاصل ان الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها مقاصد أخرى من الدر والنسل والتجارة فكان الذبح تقويتا لبعض المقاصد المطلوبة منها فكان تنقيصها واستهلاكها من وجهه فيثبت له خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة كفا في مسألة الثوب وعلى هذا

الاصل يخرج ما اذا غصب من انسان عينا من ذوات القيم أو من ذوات الامثال ونقلها الى بلدة أخرى فالتقيا والعين في يد الغاصب وقيمتها في ذلك المكان أقل من قيمتها في مكان الغصب ان للمغصوب منه ان يطالبه في ذلك المكان بقيمتها التي في مكان الغصب لان قيم اعيان تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان وقيمتها فيه أقل من قيمتها في مكان الغصب فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو أجبر على أخذ العين لتضرر به من جهة الغاصب فيثبت له الخيار ان شاء طالبه بالقيمة التي في مكان الغصب وان شاء انتظر العود الى مكان الغصب بخلاف ما اذا وجدته في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون له خيار لان النقصان هناك ما حصل بصنعه لانه حصل بتغير السعر ولا صنع للعبد في ذلك بل هو محض صنع الله عز وجل أعني مصنوعه فلم يكن مضمونا عليه ولو كانت قيمة العين في المكان المنقول اليه مثل قيمتها في مكان الغصب أو أكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة لان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد العين حال قيام العين والمصير الى القيمة لدفع الضرر وهما يمكن الوصول الى العين من غير ضرر يلزمه فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب دراهم أو دنانير فليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لان الدراهم والدنانير جعلت أثمان الاشياء ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف الاماكن عادة لانه ليس لها حمل ومؤنة لعزتها وقتلها عادة فلم يكن النقل نقصا نالها باختلاف الاماكن للحاجة الى الحمل والمؤنة ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة وله ان يطالبه برد عينها لانه هو الحكم الاصلى للغصب والمصير الى القيمة لعارض العجز او الضرر ولم يوجد هذا اذا كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة فالتقيا فان كانت من ذوات القيم أخذ بقيمتها التي كانت وقت الغصب لانها اذا هلك تبين ان الغصب السابق وقع اتلا فامن حين وجوده والحكم يثبت من حين وجود سببه وان كان من ذوات الامثال ينظر ان كان سعرها في المكان الذي التقيا فيه أقل من سعرها في مكان الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القيمة التي للعين في مكان الغصب وان شاء انتظر ولا يجبر على أخذ المثل في هذا المكان لما ذكرنا انه نقص العين بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة الاشياء التي لها حمل ومؤنة يختلف باختلاف المكان لمكان الحمل والمؤنة فالجبر على الاخذ في هذا المكان يكون اضراراً به فيثبت له الخيار ان شاء أخذ القيمة وان شاء انتظر كما لو كانت العين قائمة بقيمتها في هذا المكان أقل وان كانت قيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغصب كان للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه على أحد وان كانت قيمتها في مكان الخصومة أكثر من قيمتها في مكان الغصب فالغاصب بالخيار ان شاء أعطى المثل في مكان الخصومة وان شاء أعطى القيمة في مكان الغصب لان في الزام تسليم المثل في مكان الخصومة ضرراً بالغاصب لا وفي التأخير الى العود الى مكان الغصب ضرراً بالغصوب منه فيسلم اليه في هذا المكان القيمة التي له في مكان الغصب الا ان يرضى المغصوب منه بالتأخير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المغصوب من أموال الربا لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالكيلات والموزونات فانقص في يد الغاصب بصنعه أو بغير صنعه فليس للمغصوب منه ان يأخذه منه ويضمنه قيمة النقصان لانه يؤدي الى الربا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فعفنت في يد الغاصب أو ابتلت أو صبب الغاصب فيها ماء فانقصت قيمتها ان صاحبها بالخيار ان شاء أخذها بعينها ولا شيء له غيرها وان شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصبت وليس له ان يأخذها ويضمنه النقصان وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ذلك بناء على ان الجودة بانقرادها لا قيمة لها في أموال الربا عندنا وعندنا لها قيمة والمسألة مرت في كتاب البيوع واذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو المال المتقوم ولا نه اذا لم تكن متقومة تؤدي الى الربا ولو غصب درهما صحيحا أو ديناراً صحيحا فانكسر في يده أو كسره ان كان في موضع لا يتفاوت الصحيح والمكسر في القيمة لا شيء على الغاصب وان كان في موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه وضمنه مثل ما أخذ وليس له ان يأخذه بعينه ويضمنه

النقصان عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله بناء على الأصل الذي ذكرنا وإن كان المغصوب أثناء فضة أو ذهب فانهشم في يد الغاصب أو هشمه فالمالك بالخيار أن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس لأن الجودة لا قيمة لها باقرادها فامع الأصل فتقومة خصوصاً إذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لأنه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل إلى تضمينه بجنسه لأنه يؤدي إلى الربا فلزم تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لأن هناك إيجاب المثل ممكن وهو الأصل في الباب فلا يعدل عن الأصل من غير ضرورة ولو قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم تفرق قبل التقابض من الجانبين لا يبطل القضاء عند أحابنا الثلاثة رضي الله عنهم لأن القيمة قامت مقام العين وعند زفر رحمه الله يبطل لأنه صرف وكذلك آنية الصفر والنحاس والشبة والرصاص إن كانت تباع وزناً فهي وآنية الذهب والفضة سواء لأنها إذا كانت تباع وزناً لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن فكانت موزونة فكانت من أموال الربا كالذهب والفضة فإذا انهشمت في يد الغاصب نفسه أو غيره فحدث فيها عيب فاحش أو سيران شاء أخذه كذلك ولا شيء له غيره وإن شاء تركه عليه بالقيمة من الدراهم والدنانير ولا يكون التقابض فيه شرطاً بالاجماع وكذلك هذا الحكم في كل مكيل وموزون إذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن وإن كانت تباع عدداً فأنكسرت أو كسرت إن كان ذلك لم يورث فيه عيباً فاحشاً فليس لصاحبه فيه خيار الترك ولكنه يأخذها ويضمنه نقصان القيمة وإن كان أورث عيباً فاحشاً فصاحبه بالخيار أن شاء أخذها وأخذ قيمة النقصان وإن شاء تركها عليه وضمنه قيمتها حيحاً وعلى هذا يخرج ما إذا غصب عصيراً فصار خلافاً في يده أو لبناً حلياً فصار مخيضاً أو غنماً فصار زيبياً أو رطباً فصار تمرّاً إن المغصوب منه بالخيار أن شاء أخذ ذلك الشيء بعينه ولا شيء له غيره لأن هذه من أموال الربا فلم تكن الجودة فيها باقرادها متقومة فلا تكون متقومة وإن شاء تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا فيما تقدم وأما طريق معرفة النقصان فهو أن يقوم حيحاً ويقوم به العيب فيجب قدر ما بينهما لأنه لا يمكن معرفة قدر النقصان إلا بهذا الطريق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب فنقول والله التوفيق إذا حدثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب فالزيادة لا تخلو إما أن كانت منفصلة عن المغصوب وإما أن كانت متصلة به فإن كانت منفصلة عنه أخذها المغصوب منه مع الأصل ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الأصل كالولد والثمره واللبن والصوف أو ما هو في حكم المتولد كالارش والعقر أو غير متولدة منه أصلاً كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها لأن المتولد منها ملكه فكان ملكه وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك أو بدل ماله حكم الجزء فكان مملوكاً له وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه وأما بدل المنفعة وهو الأجرة بان أجر الغاصب المغصوب يملكه الغاصب عندنا ويتصدق به خلافاً للشافعي رحمه الله بناء على أن المنافع ليست بأموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب والاتلاف وإنما يتقوم بالعقد وأنه وجد من الغاصب وعنده هي أموال متقومة بانفسها مضمونة بالغصب والاتلاف كالأعيان وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم وإن كانت متلافة به فإن كانت متولدة كالحسن والجمال والسمن والكبر ونحوها أخذها المالك مع الأصل ولا شيء عليه للغاصب لأنها ملكه وإن كانت غير متولدة منه ينظر إن كانت الزيادة عين مال متقوم قائم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه بالخيار على ما نذكر إن شاء الله تعالى وإن لم تكن عين مال متقوم قائم أخذها المغصوب منه ولا شيء للغاصب وإن كانت عين مال متقوم ولكنه ليس ببيع للمغصوب بل هي أصل بنفسها تزول عن ملك المغصوب منه وتصير ملكاً للغاصب للضمان وبيان هذا في مسائل إذا غصب من إنسان ثوباً فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فإن صبغه أحمر أو أصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الألوان سوى السواد فصاحب الثوب بالخيار أن شاء أخذ الثوب من الغاصب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه أما ولاية أخذ الثوب فلأن الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه وإما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلأن للغاصب عين مال متقوم قائم فلا سبيل إلى إبطال

ملكه عليه من غير ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية للجانبين وان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض يوم الغصب لانه لا سبيل الى جبره على اخذ الثوب اذ لا يمكنه اخذه الا بضمان وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث وهو ان له ترك الثوب على حاله وكان الصبغ فيه للغاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما كما اذا انصبغ لا بفعل أحد لان الثوب ملك المصوب منه والصبغ ملك الغاصب والتميز متعذر فصارا شريكين في الثوب فيباع الثوب ويقسم الثمن بينهما على قدر حقهما وانما كان الخيار للمصوب منه لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك أيضاً وهو الصبغ لان الثوب أصل والصبغ تابع له فتخير صاحب الأصل أولى من ان يخير صاحب التبع وليس للغاصب ان يجبس الثوب بالعصفر لانه طاحب تبع وان صبغه اسوداختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله صاحب الثوب بالخيار ان شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض وان شاء اخذ الثوب ولا شئ للغاصب بل يضمنه النقصان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله السواد وسائر الالوان سواء وهذا بناء على أن السواد نقصان عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يحرق الثوب فينقصه وعندهما زيادة كسائر الالوان وقيل انه لا خلاف بينهم في الحقيقة وجواب أبي حنيفة رحمه الله في سواد ينقص وجوابهما في سواد يزيد وقيل كان السواد يعد نقصاناً في زمنه وزمنهما كان يعدز زيادة فكان اختلاف زمان والله سبحانه وتعالى أعلم وأما العصفر اذا نقص الثوب بأن كانت قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين فانه ينظر الى قدر ما يزيد هذا الصبغ لو كان في ثوب يزيد هذا الصبغ قيمته ولا ينقص فان كان يزيد قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة الثوب ابيض ثلاثين درهماً وان شاء اخذ الثوب وأخذ من الغاصب خمسة دراهم كذا قال محمد رحمه الله لان العصفر نقص من هذا الثوب عشرة دراهم الا أن يقدر خمسة فيه صبغ فانه يجبر نقصان الخمسة به أو صارت الخمسة قسماً وبقي نقصان خمسة دراهم فيرجع عليه بخمسة وكذلك السواد على هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو صبغ الثوب المصوب بعصفر نفسه وباعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضى له بالثوب ويستوثق منه بكفيل أما القضاء بالثوب لصاحب الثوب فلماذا كرنا ان الثوب أصل والصبغ تابع له فكان صاحب الثوب صاحب أصل فكان اعتبار جانبه أولى وأما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب فيه عين مال متقوم قائم ولو وقع الثوب المصوب في صبغ انسان فصبغ به أو هبت الريح بثوب انسان فالقتنه في صبغ غيره فانه صبغ به فان كان الصبغ بعصفر أو زعفراناً فصاحب الثوب بالخيار ان شاء اخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه لما مر وان شاء امتنع لما ذكرنا انه لا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحقه فيضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه ابيض لان حقه في الثوب الابيض وصاحب الصبغ يضرب بقيمة الصبغ في الثوب وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه لان حقه في الصبغ القائم في الثوب لا في الصبغ المنفصل وانما ثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سواداً أخذه صاحب الثوب ولا شئ عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصباً لان النقصان حصل في ضمانه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حكمه حكم سائر الالوان على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك السمن يخلط بالسويق المصوب أو يخلط به بالسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق أصل والسمن كالتابع له ألا ترى انه يقال سويق ملتوت ولا يقال سمن ملتوت وأما العسل اذا خلط بالسمن أو اختلط به فكلاهما أصل واذا خلط المسك بالدهن أو اختلط به فان كان يزيد الدهن ويصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان كان دهناً لا يصلح بالخلط ولا تزيد قيمته كالدهان المنتنة فهو هالك ولا يعتد به والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب من انسان ثوباً ومن انسان صبغاً فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه لانه أتلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيكون مضموناً بالمثل فبعد ذلك حكمه

وحكم ما اذا صبغ الثوب المصبوب بصبغ نفسه سواء لانه ملك الصبغ بالضمان وقد ينأ ذلك ولو غصب من انسان ثوبا ومن آخر صبغا فصبغه فيه ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا انصبغ بغير فعل أحد سواء استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل (وجه) القياس ما ذكرنا ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتفاق منه فلك بالضمان وزال عنه ملك صاحبه (وجه) الاستحسان انه اذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف لا يمكن اعتباره فعلة في ادارة الحكم عليه فيجعل كانه حصل لا بصبغ أحد ولو غصب ثوبا وعصفر من رجل واحد فصبغه به فالمصبوب منه يأخذ الثوب مصبوغا ويرى الغاصب من الضمان في العصفر والثوب استحسانا والقياس ان يضمن الغاصب عصفر امثله ثم يصير كانه صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب لما ذكرنا انه اتلف عليه عصفره وملكه بالضمان فهذا رجل صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب (وجه) الاستحسان ان المصبوب منه واحد فالغاصب خلط مال المصبوب منه بماله وخلط مال الانسان بماله لا يعد استهلاكا له بل يكون نقصا نا فاذا اختار أخذ الثوب فقد أبرأه عن النقصان ولو كان العصفر لرجل والثوب لا خرفرضيا أن يأخذه كما يأخذ الواحد ان لو كانا فليس لهما ذلك لان المالك ههنا اختلف فكان الخلط استهلاكا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب انسان عصفرا او صبغ به ثوب نفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفر دوله مثل فيضمن مثله وليس لصاحب العصفر أن يجبس الثوب لان الثوب أصل والعصفر تبع له والسواد في هذا بمنزلة العصفر في قول أبي حنيفة رضي الله عنه أيضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها في حكم ضمان الاستهلاك سواء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب دارا فحصبها ثم رد هاقيل لصاحبها اعطاه ما زاد التجصيص فيها الا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب حصه لان للغاصب فيها عين مال متقوم قائم وهو الجص فلا يجوز ابطال حقه عليه من غير عوض فيخير صاحب الدار لانه صاحب أصل فان شاء أخذها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شاء رضى بأن يأخذ حصه ولو غصب مصحفا فنقطه روى عن أبي يوسف رحمه الله أن لصاحبه أخذه ولا شيء عليه وقال محمد رحمه الله صاحبه بالخيار ان شاء أعطاه ما زاد النقط فيه وان شاء ضمنه قيمته غير منقوط (وجه) قوله ان النقط زيادة في المصحف فأشبهه الصبغ في الثوب (وجه) ما روى عن أبي يوسف أن النقط أعيان لا قيمة لها فلم يكن للغاصب فيه عين مال متقوم قائم بقى مجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالقد ولم يوجد ولان النقط في المصحف مكروه ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال جردوا القرآن واذا كان التجرد يدمنون باليه كان النقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب المصحف أخذه ولو غصب حيوانا فكبر في يده أو سمن أو زاد دات قيمته بذلك فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وانما الزيادة نماء ملك المالك وكذلك لو غصب جريحا أو مريضا فداواه حتى برأ وصح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على المالك بما انفق لانه أتفق على مال الغير بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأتفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا اطعم فابره ولة حقه وقام عليه فهو للمصبوب منه ولا شيء للغاصب فيما أنفق لما قلنا ولو كان حصد الزرع فاستهلكه أو جرد من الثمر شيئا أو جز الصوف أو حلب كان ضامنا لانه أنلف مال الغير بغير اذنه فيضمن ولو غصب ثوبا بقتله أو غسله أو قصره فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء للغاصب لانه ليس للغاصب عين مال متقوم قائم فيه أما القتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة (وأما) الغسل فانه ازالة الوسخ عن الثوب واعادته له في الحالة الاولى والصابون أو الحرض فيه يتلف ولا يبقى وأما القصارة فانه تسوية أجزاء الثوب فلم يحصل في المصبوب زيادة عين مال متقوم قائم فيه ولو غصب من مسلم خمر الخللها فلصاحبها أن يأخذ الخل من غير شيء لان الخل ملكه لان المالك كان ثابت له في الخمر واذا صار خلا حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم لان الملح الملقى في الخمر يتلف فيها فصارت كما لو تخللت بنفسها في يده ولو كان كذلك لا أخذه من غير شيء كذا

هذا وقيل موضوع المسئلة انه خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشئ له قيمة وهو الصحيح وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة ودبغه انه ان دبغه بشئ لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه ان يأخذه ولا شئ عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه وبعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد هذا اذا أخذه من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فأخذ جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الاتقاء في الطريق اباحة للاخذ كالقاء النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب بعد ما دبغه بشئ لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجب بالغصب السابق واما ان يجب بالاتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل الى الثاني لانه لم يوجد الاتلاف من الغاصب وان استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل الدباغ وبعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه لاحق له فيه بوجوب الضمان ولو دبغه بشئ متقوم كالقرط والعنق ونحوهما فلصاحبه ان يأخذه ويغرم له ما زاد الدباغ فيه لانه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك في يده بعد ما دبغه لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه وذكر في ظاهر الرواية أن على قوتهما يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه وذكر الطحاوي رحمه الله في مختصره ان عندهما يغرم قيمته ان لو كان الجلد ذكيا غير مدبوغ (وجه) قوتهما انه أتلف مالا متقوما مملوكا بغير اذن مالكه فيوجب الضمان كما اذا دبغه بشئ لا قيمة له فاستهلكه وانما قلنا ذلك أما المالية والتقوم فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما (وأما) الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ وبعده بقي على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بمالا قيمة له كذا هذا ولا يني حنيفة رضي الله عنه ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب الضمان عليه لان الاصل ان الحادث بفعل الانسان يكون حقا له فلا يمكن ايجاب الضمان عليه فالتحقق هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجب الضمان ولا تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لانه حصل بالدباغ وما زاد الدباغ مضمون فيه فكذا ما هو تابع له يكون ملحقا به والمضمون ببدل لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الاصل فلا يلحق به غيره وان كان الجلد ذكيا فدبغه فان دبغه بمالا قيمة له فاصحابه ان يأخذه ولا شئ عليه لما ذكرنا انه ملك صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وليس له ان يضمن الغاصب شيئا لان الجلد قائم لم ينتقص ولو دبغه بمالا قيمة فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لما ذكرنا في الثوب المغصوب اذا صبغه أصفر أو أحمر صبغ نفسه ولوان الغاصب جعل هذا الجلد أدعيا أو زقا أو دفترأ أو جرابا أو فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه صار شيئا آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكه له معنى ثم ان كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان كان ميتة فلا شئ ولو غصب عصير المسلم فصار خمر في يده أو خلا ضمن عصير امثله لانه هلك في يده بصيرورته حمرا أو خلا والعصير من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اذا قل الغاصب هلك المغصوب في يدي ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب فان التراضي يحبس الغاصب مدة لو كان قائما لا ظهره في تلك المدة ثم يقضى عليه بالضمان لما قلنا فيما تقدم ان الحكم الاصل للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فمالم يثبت العجز عن الاصل لا يقضى بالقيمة التي هي خلف ولو اختلف في أصل الغصب أو في جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو وصفته أو قيمته وقت الغصب فالقول في ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب منه يدعي عليه الضمان وهو ينكر فكان القول بقوله

اذ القول في الشرع قول المنكر ولو أقر الغاصب بما يدعي المغمصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق الا بينة لان
 الاقرار بالغصب اقرار بوجود سبب وجود الضمان منه فهو بقوله رددت عليك يدعي انفساخ السبب فلا يصدق من
 غير بينة وكذلك لو ادعى الغاصب ان المغمصوب منه هو الذي أحدث العيب في المغمصوب لا يصدق الا بينة
 لان الاقرار بوجود الغصب منه اقرار بوجود الغصب بجميع أجزائه في ضمانه فهو يدعي احداث العيب من
 المغمصوب منه ويدعي خروج بعض أجزائه عن ضمانه فلا يصدق الا بينة ولو أقام المغمصوب منه البينة أنه غصب
 الدابة ونفقت عنده وأقام الغاصب البينة انه ردها اليه وانما نفقت عنده فلا ضمان عليه لان من الجائز ان شهود
 المغمصوب منه اعتمدوا في شهادتهم على استصحاب الحال لما انهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الامر على
 ظاهر بقاء المغمصوب في يد الغاصب الى وقت الهلاك وشهود الغاصب اعتمدوا في شهادتهم بالرد حقيقة الامر وهو
 الرد لانه امر لم يكن فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما في شهود الجرح مع شهود الزكية وروى عن أبي يوسف
 رحمه ان الغاصب ضامن والله تعالى أعلم ولو أقام المغمصوب منه البينة أنه غصب منه هذا العبد ومات عنده وأقام
 الغاصب البينة ان العبد مات في يده مولا قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة لان موته في يده مولا قبل الغصب
 لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقق بالعدم فيجب العمل بشهادة شهود المغمصوب منه ولان من الجائز ان
 شهود الغاصب اعتمدوا واستصحبوا الحال وهو حال اليد التي كانت عليه للمولى لجواز انهم علموها ثابتة
 ولم يعلموا بالغصب وظنوا تلك اليد قائمة فاستصحبوها وشهود المغمصوب منه اعتمدوا في شهادتهم بتحقيق الغصب
 فكانت شهادتهم أولى بالقبول ولو أقام المغمصوب منه البينة ان الغاصب غصب هذا العبد يوم النحر بالكوفة
 وأقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب لان بينة الغاصب لا يتعلق
 بها حكم فالتحقق بالعدم فبقيت بينة المغمصوب منه بلا معارض فلزم العمل بها وقال محمد رحمه الله في الاملاء
 اذا أقام الغاصب البينة أنه مات في يد المغمصوب منه وأقام المغمصوب منه البينة أنه مات في يد الغاصب فالبينة بينة
 الغاصب لما ذكرنا ان بينة قامت على اثبات أمر لم يكن وهو الرد وبينة المغمصوب منه قامت على ابقاء ما كان على
 ما كان وهو الغصب فكانت بينة الرد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقام المغمصوب منه البينة ان الدابة نفقت
 عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه ردها اليه فالبينة بينة المغمصوب منه وعلى الغاصب القيمة
 لان بينة الغاصب لا تدفع بينة المغمصوب منه لانها قامت على رد المغمصوب ومن الجائز أنه ردها ثم غصبها ثانياً
 وركبها فنفق في يده فأمكن الجمع بين البينتين وكذلك لو شهد شهود صاحب الدابة ان الغاصب قتلها وشهد شهود
 الغاصب أنه ردها اليه لما قلنا كما اذا قال رجل لا آخر غصبنا منك الفأثم قال كنا عشرة قال أبو يوسف رحمه الله
 لا يصدق وقال زفر رحمه الله يصدق (وجه) قوله ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ
 واجب وفي الحمل على الواحد ترك للعمل بالحقيقة فيصدق (وجه) قول أبي يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما
 أمكن وههنا لا يمكن لان قوله غصبنا اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجبولين فلو عملنا بحقيقته لا لغينا كلامه لا
 شك ان العمل بالمجاز أولى من الالغاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما مسائل الاتلاف فالكلام فيها ان الاتلاف لا يخلو اما ان ورد على بني آدم واما ان ورد على غيرهم
 من البهائم والجمادات فان ورد على بني آدم فحكمه في النفس ومادونهان ذكره في كتاب الجنائيات ان شاء الله تعالى وان
 ورد على غير بني آدم فانه يوجب الضمان اذا استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان كونه
 سبب الوجوب الضمان وفي بيان شروط وجوب الضمان وفي بيان ماهية الضمان الواجب (أما) الاول فلا شك ان
 الاتلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب لان اتلاف الشيء اخرجه من أن يكون منتفعاً
 به منفعة مطلوبة منه مادة وهذا اعتداء وضرار وقد قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

ما اعتدى عليكم وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقد تعذر نفي الضرر من حيث
 الصورة فيجب فيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفى الضرر بالقدر الممكن ولهذا وجب
 الضمان بالغصب قبل الاتلاف أولى لانه في كونه اعتداء واضراراً فوق الغصب فلما وجب بالغصب فلان يجب
 بالاتلاف أولى سواء وقع اتلافاً له صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحاً للانتفاع أو معنى باحداث معنى فيه يمنع من
 الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة لان كل ذلك اعتداء واضراراً وسواء كان الاتلاف مباشرة بإيصال الآلة
 بمحل التلف أو تسبباً بالفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة لان كل واحد منهما يقع اعتداء واضراراً فيوجب
 الضمان وبيان ذلك في مسائل اذا قتل دابة انسان أو أحرق ثوبه أو قطع شجرة انسان أو أراق عصيره أو هدم بناءه
 ضمن سواء كان المتلف في يد المالك أو في يد الغاصب لتحقق الاتلاف في الحالين غير ان المغصوب ان كان
 منقولاً وهو في يد الغاصب بخير المالك ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان
 من كل واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف لانه ملك المغصوب بالضمان فتبين
 ان الاتلاف ورد على ملكه وان ضمن المتلف لا يرجع بالضمان على أحد وان كان عقاراً ضمن المتلف ولا يضمن
 الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله الجواب فيه وفي المنقول سواء بناء على ان العقار غير مضمون بالغصب عندهما
 وعنده مضمون به فكان له أن يضمن أيهما شاء كما في المنقول وكذلك اذا نقص مال انسان بما لا يجري فيه الربا
 ضمن النقصان سواء كان في يد المالك أو في يد الغاصب لان النقص اتلاف جزء منه وتضمنه ممكن لانه لا يؤدي
 الى الرافض ضمن قدر النقصان بخلاف الاموال الربوية على ما مر غير ان النقصان ان كان بفعل غير الغاصب
 فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذي نقص وان شاء ضمن الذي نقص
 وهو لا يرجع على أحد لما قلنا ولو غصب عبد أ قيمته الف درهم فازداد في يد الغاصب حتى صارت قيمته الفين
 فقتله انسان خطأ فاما المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمن القاتل
 قيمته وقت القتل الفين لانه وجد سبباً وجوب الضمان بالغصب والقتل والزيادة الحادثة في يد الغاصب غير مضمونة
 بالغصب وهي مضمونة بالقتل لذلك ضمن الغاصب الف والقاتل الفين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع على أحد وان ضمن
 الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل بالفين ويتصدق بالفضل على الالف وأما الرجوع عليهم بالفين فلانه ملك
 المغصوب بالضمان فتبين أن القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته وأما التصديق بالفضل على الالف فلتتمكن
 الخبث فيه لا اختلال الملك وينبغي ان يكون هذا على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اظهر فأما على أصل أبي يوسف
 رحمه الله فالفضل طيب له ولا يلزمه التصديق به وان قتله الغاصب بعد الزيادة خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء
 ضمنه الغاصب قيمته يوم الغصب الف درهم وان شاء ضمن عاقلة قيمته يوم القتل الف درهم وهو الصحيح بخلاف
 المغصوب اذا كان حيواناً سوى بني آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب ألف درهم
 عند أبي حنيفة رحمه الله وقد بينا له الفرق بينهما فيما تقدم ولو قتل العبد نفسه في يد الغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن
 الغاصب قيمته يوم الغصب ألفاً لان قتله نفسه يهدر فيلحق بالعدم كانه مات بنفسه ولو كان كذلك يضمن قيمته
 يوم الغصب ألف درهم كذا هذا ولو كانت الجارية ولدت ولداً فقتلت ولدها ثم ماتت الجارية فعلى الغاصب قيمتها
 يوم الغصب ألف درهم وليس عليه ضمان الولد لان قتلها ولدها هدر ولا حكم له فالتحق بالعدم كانه مات حتف ألقه
 فهلك أمانته و بقيت الام مضمونة بالغصب ولو أودع رجلان رجلاً كل واحد منهما ألف درهم فخلط المستودع أحد
 الاثنين بالآخر خلطاً لا يتميز ضمن لكل واحد منهما الف والمخلوط في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الخلط وقع
 اتلاً فامعنى وعندهما بالخيار بين أن يأخذ ذلك ويقسماه بينهما وبين أن يضمناه والمسئلة مرت في كتاب
 الوديعه ثم قال محمد رحمه الله ولا يسع المودع أكل هذه الدراهم حتى يؤدي مثلها الى أصحابها وهذا صحيح لا خلاف فيه

لان عندهما لم ينقطع حق المالك وعند أبي حنيفة رحمه الله ان انقطع وثبت المالك للمستودع لكن فيه خيب فيمنع من التصرف فيه حتى يرضى صاحبه ولو ان رجلا له كرا غصب رجل أحدهما أو سرقه ثم ان المالك أودع الغاصب أو السارق ذلك الا خر فخلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كرا الغصب ولم يضمن كرا الوديعة بسبب الخلط لانه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط وبقي الكرا المضمون وكرا المانة في يده على حالهما فصار كأنهما هلكا قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطاً لا يتميز ضمن مثلها وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمغصوب منه أسوة الغرماء لانه زال ملكه عنها وصار ملكاً للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو شريك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها وصار اشريكين لا اختلاط للملكين على وجهه لا يتميز والله عز وجل أعلم ولو صب ماء في طعام في يد انسان فافسده وزاد في كيله فله صاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه طعاماً مثله ولا يجوز أن يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب ماء في دهن أو زيت لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المبلول والدهن المصبوب فيه الماء لانه لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الماء فيه لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب فعليه مثله والله تعالى أعلم ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قولهما وقال محمد رحمه الله يضمن وقال الشافعي رحمه الله ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة ثم طار لا يضمن (وجه) قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتسافاً للطير تسبباً لان الطيران للطير طابع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتسافاً له تسبباً فيوجب الضمان كما اذا شق زق انسان فيه دهن مائع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعي رحمه الله ايضاً الا انه يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطيران بعد ذلك مضافاً الى الفتح بل الى اختياره فلا يجب الضمان (وجه) قولهما ان الفتح ليس باتساف مباشر ولا تسبباً (أما) المباشرة فظاهرة الانقضاء (وأما) التسبب فلان الطير مختار في الطيران لانه حي وكل حي له اختيار فكان الطيران مضافاً الى اختياره والفتح سبباً عرضياً فلا حكم له كما اذا حل القيد عن عبد انسان حتى ابق انه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذي فيه دهن مائع لان المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمسك عند عدم المانع الاعلى نقض العادة فكان الفتح تسبباً للتلف فيوجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا حل رباط الدابة أو فتح باب الا صنتطبل حتى خرجت الدابة وضلت وقالوا اذا حل رباط الزيت انه ان كان ذائباً فسال منه ضمن وان كان السمن جامداً فذاب بالشمس وزال لم يضمن لما ذكرنا ان المائع سيال بطبعه اذا وجد منفذاً بحيث يستحيل استمسكه كعادة فكان حل الرباط اتسافاً له تسبباً فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان السيال طبع المائع لا طبع الجامد وهو وان صار مائعاً لكن لا يصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافاً اليه لا مباشرة ولا تسبباً فلا يضمن والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبي صغير احرام من أهله فعقره سبع أو نهشته حية أو وقع في بئر أو من سطوح فمات ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسبباً لانه كان محفوظاً بيد وليه اذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فاذا فوت حفظ الامل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى اصابته آفة فقد ضيعه فكان ذلك منه اتسافاً تسبباً والحران لم يكن مضموناً بالغصب يكون مضموناً بالاتلاف مباشرة كان أو تسبباً ولو قتله انسان خطأ في يد الغاصب فلا ولياً له أن يتبعوا أيهما شاء والغاصب أو القاتل (أما) القاتل فلو جرد الاتلاف منه مباشرة (وأما) الغاصب فلو جرد الاتلاف منه تسبباً لما ذكرنا والتسبب ينزل منزلة المباشرة في وجوب الضمان كحفر البئر على قارعة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجع شهود التمسك ص ضمنوا فان اتبعوا القاتل بالمال لا يرجع على أحد وان اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لان الغصب باداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان وان عذر أن يقوم مقامه في حق ملك المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر في يده

واختار المالك تضمين الغاصب يرجع بالضمان على القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان كذا هذا وكذلك لو وقع عليه حائط انسان فالغاصب ضامن ويرجع على عاقلة صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لما قلنا ولو قتله انسان في يد الغاصب عمدا فاولياؤه بالخيار ان شاءوا قتلوا القاتل و برى الغاصب وان شاءوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمداً ولا يكون لهم القصاص (أما) ولاية القصاص من القاتل فوجود القتل العمدا الحالى عن الموانع (وأما) ولاية اتباع الغاصب بالدية فوجود الاتلاف منه تسبباً على ما بينا فان قتلوا القاتل برى الغاصب لانه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وان اتبعوا الغاصب فالدية على عاقلته ترجع عاقلته على مال القاتل ولا يكون لهم أن يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصر ما حكمهم باداء الضمان اذ هو لا يحتمل التملك فلم يقيم الغاصب مقام الولى في ملك القصاص فسقط القصاص ويتقلب مالا والمال يحتمل التملك فجاز أن يقوم الغاصب مقام الولى في ملك المال ولو قتل الصبي انساناً في يد الغاصب فرده على الولى وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشىء لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغاصب لان الحر غير مضمون بالغصب ولا سبيل الى ايجاب ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفاً اياه تسبباً بجناية غيره عليه لا بجنانيته على غيره ولو قتل الصبي نفسه أو أتى على شىء من نفسه من اليد والرجل وما أشبه ذلك أو أركبه الغاصب دابة فالتقى نفسه منها فالغاصب ضامن عند أبي يوسف وعند محمد لا يضمن وجه قول محمد أن فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كأنه مات حتف أنفه أو سقطت يده بأفة سماوية ولو كان كذلك لاضمان عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون بالغصب ولهذا الوجنى على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا وجه قول أبي يوسف أن الحر ان لم يكن مضموناً بالغصب فهو مضمون بالاتلاف مباشرة أو تسبباً وقد وجد التسبب من الغاصب حيث ترك حفظه عن أسباب الهلاك في الحالين جميعاً فكان متلفاً اياه تسبباً فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا يعتبر فلا يمكن ايجابه على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب مدبر اقات في يده ضمن بالاجماع ولو غصب أم ولد فماتت في يده من غير آفة لم يضمن عند أبي حنيفة وقد ذكرنا المسألة في موضعها ولو ماتت في يده بأفة على الوجه الذى بينا أنه يضمن في الصبي الحر فان الغاصب يغرر قيمتها حاله في ماله لوجود الاتلاف منه تسبباً وأم الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبي الحر في أم الولد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب هذا الضمان فمنها أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع ومنها أن يكون متقوماً فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً لسقوط تقويم الخمر والخنزير في حق المسلم ولو أتلف مسلم أو ذمى على ذمى خمر أو خنزير يضمن عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله والدلائل مررت في مسائل الغصب ولو أتلف ذمى على ذمى خمر أو خنزير أو مسلماً أو مسلماً أحدهما أو فى الخنزير فلا يبرأ المتلف عن الضمان الذى لزمه سواء أسلم الطالب أو المطلوب أو أسلما جميعاً لان الواجب باتلاف الخنزير القيمة وانما ادراهم أو دنانير والاسلام لا يمنع من قبض الدراهم والدنانير (وأما) في الخمر فان أسلما جميعاً أو أسلم أحدهما وهو الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت عنه الخمر بالاجماع ولو أسلم المطلوب أولاً ثم أسلم الطالب أو لم يسلم ففي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة يبرأ المطلوب من الخمر ولا يتحول الى القيمة كما لو أسلم الطالب وعند محمد وزفر وعافية بن زيد القاضى وهو روايتهم عن أبي حنيفة لا يبرأ المطلوب ويتحول ما عليه من الخمر الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام انه يضمن قيمتها للذمى فكذا اذا أتلف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع ولو كسر على انسان بر بطلاً أو طبلاً يضمن قيمته خشباً منحوتاً عند أبي حنيفة رحمه الله وذكر في المنتقى خشباً ألواحاً وعندهما

لا يضمن وجه قولهما ان هذا آلة الله والفساد فلم يكن متقوما كالخمر ولا بى حنيفة رحمه الله أنه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر فكان مالا متقوما من ذلك الوجه وكذلك لو أراق لا نسان مسكرا أو منصفافهو على هذا الاختلاف والمسألة قد ذكرناها في كتاب البيوع ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش تماثيل لانه لا قيمة لنقش التماثيل لان نقشها محذور وان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل ضمن قيمته منقوشا لانه لا يكون تماثلا بل لرأس ألا ترى انه ليس بمحذور فكان النقش منقوشا ولو أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا لان التمثال على البساط ليس بمحذور لان البساط يوطأ فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا مصورا ضمن قيمة البيت والصور غير مضمونة لان الصور على البيت لا قيمة لها لانه محذور فاما الصبغ فتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية لان الغناء لا قيمة له لانه محذور وهذا اذا كان الغناء زيادة في الجارية فاما اذا كان نقصا نا فيها فانه يضمن قدر قيمتها وعلى هذا تخرج المباحات التي ليست بمملوكة لاحد لانها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها اذا التقوم يبنى على العزة والحظر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلاء (وأما) المباح المملوك وهو مال الحربي فلا يجب الضمان باتلافه أيضا وان كان متقوما لفقد شرط آخر نذكره ان شاء الله تعالى وان شئت قلت ومنها أن يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التي لا يملكها أحد والتخريج على شرط التقوم أصح لان كون الشيء مملوكا كافي نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا أرض بين شر يكتن زرعها أحدهما وتراضيا على ان يعطى الذي لم يزرع نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا يخلو (أما) ان كان الزرع نبت (وأما) ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان هذا بيع الحشيش بالحنطة وانه جائز وان كان لم ينبت لم يحز لانه لا يدري ما بقي تحت الأرض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه فان نبت الزرع وطلب الذي لم يزرع القسمة قسم وأمر الذي زرع ان يقلع ما في نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بملكه فيجبر على تفرغه وتضمينه نقصان الزراعة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه حتى لو أتلفت مال انسان بهيمة لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدر او لا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه ومنها أن يكون في الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربي ولا على الحربي باتلاف مال المسلم في دار الحرب وكذا لا ضمان على العادل اذا أتلف مال الباغي ولا على الباغي اذا أتلف مال العادل لانه لا فائدة في الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية فاما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال الا أن الصبي مأخوذ بضمان الاتلاف وان لم تثبت عصمة المتلف في حقه وكذا يجب الضمان بتناول مال الغير حال المحصنة مع اباحة التناول وكذا كسر آلات الملاهي مباح وهي مضمونة بالاتلاف عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يلزم اذا أتلف مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله عز شأنه أعلم وكذلك العلم بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أتلف مالا على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره ضمن لان الاتلاف أمر حقيقي لا يتوقف وجوده على العلم كما في العصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن ولا يأثم لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا لما ذكرنا في مسائل العصب والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ماهية الضمان الواجب باتلاف ما سوى بني آدم فالواجب به ما هو الواجب بالعصب وهو ضمان المثل ان كان المتلف مثليا وضمن القيمة ان كان مالا مثل له لان ضمان الاتلاف ضمان اعتداء والا اعتداء لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان يجب العمل بالمثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما في العصب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الحجر والحبس ﴾

في هذا الكتاب فصلان فصل في الحجر وفصل في الحبس أما الحجر فالكلام فيه يقع في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أسباب الحجر والثاني في بيان حكم الحجر والثالث في بيان ما يرفع الحجر (أما) الأول فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة ماها رابع الجنون والصبا والرق وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وعامة أهل العلم رحمهم الله تعالى والسفه والتبذير ومطل العنى وركوب الدين وخوف ضياع المال بالتجارة والتلجئة والاقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر أيضا فيجوز عندهم في السفه المنقصد للمال بالصرف الى الوجوه الباطلة وفي المبدل الذي يسرف في النفقة ويعين في التجارات وفيمن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه اذا ظهر مطله عند القاضي وطلب الغرماء من القاضي ان يبيع عليه ماله ويقضى به دينه وفيمن ركبته الديون وله مال يخاف الغرماء ضياع أمواله بالتجارة فرفعوا الامر الى القاضي وطلبوا منه أن يحجر عليه أو خافوا ان يلجى أمواله فطلبوا من القاضي أن يحجره عن الاقرار بالغرما فيجوز الحجر في هذه المواضع عندهم ولا يجزى وما روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان لا يجزى الحجر الا على ثلاثة المقتى الما جن والطيب الجاهل والمكارى المقلس وليس المراد منه حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعى الذي يمنع نفوذ التصرف الا ترى أن المقتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب في الفتوى جاز ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز وكذا الطيب لو باع الادوية بعد الحجر تذييعه فدل انه ما أراد به الحجر حقيقة وانما أراد به المنع الحسى أى يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسالا ان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لان المقتى الما جن يفسد أديان المسلمين والطيب الجاهل يفسد أديان المسلمين والمكارى المقلس يفسد أموال الناس في المفازة فكان منعهم من ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لا من باب الحجر فلا يلزمه التناقض بحمد الله تعالى عز شأنه ولو حجر القاضي على السفه ونحوه لم ينفذ حجره عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر ههنا محل الاجتهاد لان الحجر من القاضي قضاء منه وقضاء القاضي في المجتهدين انما ينفذو يصير كالمتفق عليه اذا لم يكن نفس القضاء محل الاجتهاد فاما اذا كان فلا يخلاف سائر المجتهدين التي لا يرجع الاجتهاد فيها الى نفس القضاء وقد ذكرنا الفرق في كتاب أدب القاضي واختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في السفه انه هل يصير محجورا عليه بنفس السفه أم يقف الانحجار على حجر القاضي قال أبو يوسف لا يصير محجورا الا بحجر القاضي وقال محمد بن حجر بنفس السفه من غير الحاجة الى حجر القاضي وحجة العامة قوله تبارك وتعالى فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل جعل الله سبحانه وتعالى لكل واحد من المذكورين وليا منهم السفه وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ولي للسفيه لانه اذا كان له ولي دل انه مولى عليه فلا ينفذ تصرفه كالصبي والجنون وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نهى عن اعطاء الاموال السفهاء وعنده يدفع اليه ماله اذا بلغ خمساً وعشرين سنة وان كان سفيهاً وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع على معاذ ماله بسبب ديون ركبته وهذا نص في الباب لان البيع عليه لا يذ كر الا في غير موضع الرضا ولا ان التصرفات شرعت لمصالح العباد والمصلحة تتعلق بالاطلاق مرة وبالجزأ أخرى والمصلحة ههنا في الحجر ولهذا اذا بلغ الصبي سفيهاً يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بلا خلاف ولهذا حجر على الصبي والجنون لكون الحجر مصلحة في حقهما كذا ههنا ولا بي حنيفة رضي الله عنه عمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين من نحوه قوله تبارك وتعالى وأحل الله البيع وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الى قوله عز شأنه ولا يبخص منه شيئاً أجاز الله تعالى البدلين حيث نذب الى الكتابة وأثبت الحق حيث أمر من عليه الحق بالاملاء ونهى عن البخص عاماً من غير تخصيص وقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون

تجارة عن تراض منكم وبيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز وبيع السفينة ماله تجارة عن تراض فيجوز وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم عاماً وشهادة الأئمة على نفسه اقرار وقوله تبارك وتعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وآية الظهار وآية كفارة اليمين شرع الله تعالى هذه التصرفات عاماً والحجر عن المشرع متناقض وكذا نص الظهار واليمين يقتضيان وجوب التحريم على المظاهر والخالف الحائث وجوازها عن الكفارة عاماً وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب التحريم على السفينة ولو حرر لا يجزى به عن الكفارة لأنه تجب السعاية على العبد فيكون اعتاقاً بعوض فلا يقع التحريم تكفيراً فكانت الآية حجة عليهما ولأن بيع السفينة ماله نفسه تصرف صدر من الأهل بركنه في محل هو خالص ملكه فينفذ كتصرف الرشيد وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً بصدد رده من أهله وحلوله في محله وقد وجد وبيع مال المديون عليه تصرف في ملك الغير من غير رضا المالك وأنه لا ينفذ كالقضيولى (وأما) الآية فقد قال بعض أهل التأويل السفينة هو الصغير وبه نقول وقيل إن الولي ههنا هو من له الحق يملئ بالعدل عند حضرة من عليه الدين لئلا يزيد على ما عليه شيئاً ولو زاد أنكر عليه وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم فقد قال بعض أهل التأويل المراد من السفهاء النساء والأولاد الصغار يؤيده في سياق الآية قوله فارقوهم منه واكسوهم ورزق النساء والأولاد الصغار هو الذي يجب على الأولياء والأولاد لا رزق السفينة وكسوته فإن ذلك يكون من مال السفينة على أن في الآية الشريفة أن لا تؤتوهم مال أنفسكم لأنه سبحانه وتعالى أضاف الأموال إلى المعطى لا إلى المعطى لدو به نقول (وأما) بيع مال معاذ رضي الله عنه فقد كان برضاه إذ لا يظن به أنه يكره بيع رسول الله صلى الله عليه وسلم ويتمنع بنفسه عن قضاء الدين مع ما أنه قد روى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً ببركته كما روى عن جابر رضي الله عنه أنه لما استشهد أبوه يوم أحد وترك ديوناً فطلب جابر من النبي عليه الصلاة والسلام أن يبيع أمواله لينال بركته فيصير دينه بذلك مقضياً وكان كما ظن والآن استدلالاً بمنع المال إذا بلغ سيفه لا يستقيم لأن المنع تصرف في المال والحجر تصرف على النفس والنفس أعظم خطراً من المال فثبوت أدنى الوليتين لا يدل على ثبوت أعلاهما ثم نقول إنما يمنع عن ماله نظر أنه قليل للسفينة لأن السفينة غالباً يجري في الهبات والتبرعات فإذا منع منه ماله ينسد باب السفينة فيقل السفينة (فأما) المعاوضات فلا يغلب فيها السفينة فلا حاجة إلى الحجر لتقليل السفينة وأنه يقل بدونه فيتمحض الحجر ضرراً بإبطال أهليته وهذا لا يجوز بخلاف الصبي والمجنون لأنهم ليسا من أهل التصرف فلم يتضمن الحجر إبطال الأهلية والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم الحجر فحكمه يظهر في مال المحجور وفي التصرف في ماله (أما) حكم المال فاما المحنون فإنه يمنع عنه ماله مادام مجنوناً وكذلك الصبي الذي لا يعقل لأن وضع المال في يده لا عقل له اتلاف المال (وأما) الصبي العاقل فيمنع عنه ماله إلى أن يؤنس منه رشده ولا بأس للولي أن يدفع إليه شيئاً من أمواله ويأذن له بالتجارة للاختيار عندنا لقوله تعالى واجتلبوا التامى أذن سبحانه وتعالى للأولياء في ابتلاء التامى والابتلاء الاختبار وذلك بالتجارة فكان الأذن بالابتلاء أذنًا بالتجارة وإذا اختبره فانأس منه رشده دفع الباقي إليه لقوله تعالى فانأستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يمنع منه ماله ولا يجوز للولي أن يدفع شيئاً من أمواله إليه وأن يأذن له بالتجارة قبل البلوغ والمسألة نذكرها في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى وإن لم يأنس منه رشده ممنعه منه إلى أن يبلغ فإن بلغ رشده دفع إليه وإن بلغ سفينة مفسداً مبذراً فإنه يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة بالاجماع فإذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع إليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يدفع إليه مادام سفينة (وأما) الرقيق فلا مال له يمنع فلا يظهر أثر الحجر في حقه في المال وإنما يظهر في التصرفات هذا حكم الحجر في مال المحجور (وأما) حكمه في تصرفه فالتصرف لا يخلو إما أن يكون من

الاقوال وأما أن يكون من الأفعال (أما) التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع (أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره ولا ينقذ بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبي الذي لا يعقل لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل (وأما) الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالاجماع (وأما) الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجازة ونحوها فينقذ عندنا موقوفاً على إجازة وليه فإن أجاز جاز وإن رد بطل وعند الشافعي رحمه الله لا تنقذ أصلاً وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل وقد مرت في موضعها (وأما) الرقيق فيصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا يصح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص (وأما) إقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه ويصح في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتاق (وأما) البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينقذ موقوفاً على إجازة المولى ودلائل هذه المسائل ذكرت في مواضعها (وأما) التصرفات الفعلية وهي الغصب والاتلافات فهذه العوارض وهي الصبا والمجنون والرق لا توجب الحجر فيها حتى لو أتلّف الصبي والمجنون شيئاً فضمانه في مالهما وكذا العبد إذا أتلّف مال إنسان فإنه يؤاخذ به لكن بعد العتاق (وأما) السفينة فعند أبي حنيفة عليه الرحمة ليس بمحجور عن التصرفات أصلاً وحاله وحال الرشد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وإذا بلغ رشيداً يدفع إليه ماله (فأما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيهاً ومنع عنه ماله فقد تصرفه كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده (وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه وشراؤه وإجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتل النقض والفسخ (وأما) فيما سوى ذلك فحكم البالغ العاقل الرشيد سواء فيجوز طلاقه ونكاحه واعتاقه وتديره واستيلاده وتجب عليه نفقة زوجته وأقاربه والزكاة في ماله وحجّة الإسلام وينفق على زوجته وأقاربه ويؤدي الزكاة من ماله ولا يمنع من حجّة الإسلام ولا من العمرة ولا من القرايين وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدى على يد أمين لينفق عليه في الطريق ولا ولاية عليه لآبيه وجدّه وصبيهما ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله وغير ذلك من التصرفات التي نصح من العاقل البالغ الرشيد إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة وإذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد رحمهما الله أنه رجع عن ذلك وقال يعتق من غير سعاية فأما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ولو باع السفينة أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيراً أجاز وما كان فيه مضرة رده والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في بيان ما يرفع الحجر (أما) الصبي فالذي يرفع الحجر عنه شيان أحدهما إتمام البلوغ بالبلوغ والثاني بلوغه إلا أن الإذن بالتجارة يزول الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) التصرفات الضارة المحضة فلا يزول الحجر عنها إلا بالبلوغ وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يزول الحجر عن الصبي إلا بالبلوغ وقد مرت المسألة ثم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيداً أو سفيهاً وكذا عند أبي يوسف إلا أن يحجر عليه القاضي بعد البلوغ فينحجر بحجره وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ينحجر الصبي عن التصرف بحجر القاضي لكن يمنع ماله إلى خمس وعشرين سنة وعند محمد والشافعي لا يزول إلا ببلوغه رشيداً ثم البلوغ في الغلام يعرف بالاحتلام والاحبال والانزال وفي الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل فإن لم يوجد شيء من ذلك فيعتبر بالسن (أما) معرفة البلوغ بالاحتلام فلم يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال رفع القلم عن ثلاثة منها الصبي حتى يحتلم جعل عليه الصلاة والسلام الاحتلام غاية الارتفاع الخطاب والخطاب بالبلوغ دل أن البلوغ يثبت بالاحتلام ولأن البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال وذلك بكمال القدرة والقوة والقدرة

من حيث سلامة الاسباب والآلات هي امكان استعمال سائر الجوارح السليمة وذلك لا يتحقق على الكمال الا عند الاحتلام فان قيل الادراك امكان استعمال سائر الجوارح ان كان ثابتا فاما امكان استعمال الآلة المخصوصة وهو قضاء الشهوة على سبيل الكمال فليس ثابت لان كمالها بالانزال والاحتلام سبب انزول الماء على الغلب فجعل علما على البلوغ ولان الله تعالى أمر بابتغاء الولد وأخبرانه مكتوب له بقوله تبارك وتعالى وابتغوا ما كتب الله لكم والتكليف بابتغاء الولد انما يتوجه في وقت لو ابتغى الولد لوجد ولا يكون ذلك الا في خروج الماء للشهوة وذلك في حق الصبي بالاحتلام في المتعارف ولان عند الاحتلام يخرج عن حيزه ولا يدخل في حيزه الا بآء حتى يسمى أبا فلان لا ولد فلان في المتعارف لان عنده يصير من أهل العلوق فكان الاحتلام علما على البلوغ واذا ثبت أن البلوغ يثبت بالاحتلام يثبت بالانزال لان ما ذكرنا من المعاني يتعلق بالنزول لا بنفس الاحتلام الا أن الاحتلام سبب لنزول الماء عادة فعلى الحكم به وكذا الاحمال لانه لا يتحقق بدون الانزال عادة فان لم يوجد شيء مما ذكرنا فيعتبر البلوغ بالسن وقد اختلف العلماء في أدنى السن التي يتعلق بها البلوغ قال أبو حنيفة رضي الله عنه ثمانى عشرة سنة في الغلام وسبع عشرة في الجارية وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله خمس عشرة سنة في الجارية والغلام جميعا ووجه قولهم ان المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الاصل في الباب اذ به قوام الاحكام وانما الاحتلام جعل حدا في الشرع لكونه دليلا على كمال العقل والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشرة سنة عادة فاذا لم يحتلم الى هذه المدة علم أن ذلك لا فائدة في خلقته والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره في لزوم الاحكام وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن أربع عشرة سنة فردّه وعرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه فتدّ جعل عليه الصلاة والسلام خمس عشرة حدا للبلوغ ولا بى حنيفة رضي الله عنه أن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلائل التي ذكرناها فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده وانما يقع اليأس بهذه المدة لان الاحتلام الى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال على هذا أصول الشرع فان حكم الحيض لما كان لازما في حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض وكذا التفريق في حق العنينة لا يثبت مادام طمع الوصول ثابتا بل يؤجل سنة لاحتمال الوصول في فصول السنة فاذا مضت السنة ووقع اليأس الا أن يحكم بالتفريق وكذا أمر الله سبحانه وتعالى باظهار الحجج في حق الكفار والدعاء الى الاسلام الى أن يقع اليأس عن قبولهم فإلم يقع اليأس لا يباح لنا القتال فكذلك ههنا مادام الاحتلام يرجى يجب الانتظار ولا يأس بعدمدة خمس عشرة الى هذه المدة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة فانه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده (وأما) الحديث فلاحجة فيه لانه يحتمل انه أجاز ذلك لما علم عليه الصلاة والسلام انه احتلم في ذلك الوقت ويحتمل أيضا أنه أجاز ذلك لما رآه صالحا للحرب محتملا له على سبيل الاعتياد للجهاد كما أمرنا باعتبار سائر القرب في أول أوقات الامكان والاحتمال لها فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا أشكل أمر الغلام المراهق في البلوغ فقال قد بلغت يقبل قوله ويحكم ببلوغه وكذلك الجارية المراهقة لان الاصل في البلوغ هو الاحتلام على ما بينا وأنه لا يعرف الا من جهته فالزمت الضرورة قبول قوله تكافي الاخبار عن الطهر والحيض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المجنون فلا يزول الحجر عنه الا بالافاقة فاذا أفاق رشيدا أو سفيا فكيف في ذلك حكم الصبي وقد ذكرناه (وأما) الرقيق فالحجر يزول عنه بالاعتاق مرة وبالأذن بالتجارة أخرى الا أن الاعتاق يزول الحجر عنه على الاطلاق والأذن بالتجارة لا يزول الا في التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) السفية فلا حجر عليه عن التصرف أصلا عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يتصور الزوال (وأما) على مذهبهم فزواله عند أبي يوسف بضده وهو الاطلاق من القاضي فكلا لا ينحجر الا بحجره

لا ينطلق الا باطلاقة وعند محمد والشافعي رحمهما الله زوال الحجر على السفينة بظهور رشده لان الحجارة كان يستفهم فانطلاقة يكون بضده وهو رشده والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الفصل الثاني وهو فصل الحبس فالحبس على نوعين حبس المديون بما عليه من الدين وحبس العين بالدين أما الاول فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب الحبس وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ما يمنع عنه المحبوس وما لا يمنع أما سبب وجوب الحبس فهو الدين قل أو أكثر وأما شرائط الوجوب فأنواع بعضها يرجع الى الدين وبعضها يرجع الى المديون وبعضها يرجع الى صاحب الدين (أما) الذي يرجع الى الدين فهو أن يكون حالاً فلا يحبس في الدين المؤجل لان الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين ولم يوجد من المديون لان صاحب الدين هو الذي أخرق نفسه بالتأجيل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل سواء بعد محله أو قرب لانه لا يملك مطالبته قبل حل الاجل ولا يمكن منعه ولكن له ان يخرج معه حتى اذا حل الاجل منعه من المضي في سفره الى ان يوفيه دينه (وأما) الذي يرجع الى المديون فمنها القدرة على قضاء الدين حتى لو كان معسر لا يحبس لقوله سبحانه وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان الحبس لدفع الظلم بايصال حقه اليه ولو ظلم فيه لعدم القدرة ولانه اذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً لان الحبس شرع للتوسل الى قضاء الدين لا لعينه ومنها المظل وهو تأخير قضاء الدين لقوله عليه الصلاة والسلام مظل الغني ظلم فيحبس دفعاً للظلم لقضاء الدين بواسطة الحبس وقوله عليه الصلاة والسلام لي الواحد يحل عرضه وعقوبته والحبس عقوبة وما لم يظهر منه المظل لا يحبس لانعدام المظل والى منه ومنها ان يكون من عليه الدين ممن سوى الوالدين لصاحب الدين فلا يحبس الوالدون وان علوا بدين المولودين وان سفلوا لقوله تبارك وتعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وقوله تعالى وبالوالدين احسانا وليس من المصاحبة بالمعروف والاحسان حبسهما بالدين الا أنه اذا امتنع الوالدان الاتفاق على ولده الذي عليه نفقته فان القاضي يحبسهما لكن تعزيراً لا حبساً بالدين (وأما) الولد فيحبس بدين الوالدان المانع من الحبس حق الوالدين وكذا سائر الأقارب يحبس المديون بدين قريبه كائناً من كان ويستوى في الحبس الرجل والمرأة لان الموجب للحبس لا يختلف بالذكورة والانوثة ويحبس ولي الصغير اذا كان ممن يجوز له قضاء دينه لانه اذا كان الظلم بسبيل من قضاء دينه صار بالتأخير ظالماً فيحبس ليقضى الدين فيندفع الظلم (وأما) الذي يرجع الى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضي فالم يطلب لا يحبس لان الدين حقه والحبس وسيلة الى حقه ووسيلة حق الانسان حقه وحق المرء انما يطلب بطلبه فلا بد من الطلب للحبس واذا عرف سبب وجوب الدين وشرائطه فان ثبت عند القاضي السبب مع شرائطه بالحجة حبسه لتحقيق الظلم عنده بتأخير حقه من غير ضرورة والقاضي نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه وان اشتبه على القاضي حاله في يساره واعساره ولم يقدّم عنده حجة على أحدهما وطلب الغرماء حبسه فانه يحبس ليتعرف عن حاله انه فقير أم غني فان علم انه غني حبسه الى ان يقضى الدين لانه ظهر ظلمه بالتأخير وان علم انه فقير خلى سبيله لانه ظهر انه لا يستوجب الحبس فيطلقه ولكن لا يمنع الغرماء عن ملازمته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم الا اذا قضى القاضي بالا نظار لا حتمال ان يرزقه الله سبحانه وتعالى مالا اذا مال غادر راح وعند زفر رحمه الله لا يلزمونه لقوله تبارك وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكر النظرة بحرف الفاء ثبتت من غير قضاء القاضي (ولنا) ان النظرة هي التأخير فلا بد وان يؤخر وهو ان يؤخره القاضي أو صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولا من السفر فاذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص واذا مضى على حبسه شهر أو شهران أو ثلاثة ولم ينكشف حاله في اليسار والاعسار خلى سبيله لان هذا الحبس كان لاستبراء حاله وبلاء عذره والثلاثة الاشهر مدة صالحة لاشتهار الحال وبلاء العذر فيطلقه لكن الغرماء لا يمنعون من ملازمته فيسلازمونه لكن لا يمنعونه من التصرف والسفر على ما ذكرنا ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال الطالب هو موسر وقال المطلوب انما معسر فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقام جميعا البينة فالبينه بينة الطالب لانها تثبت

زيادة وهي اليسار وان لم يقيم لهما بينة فقد ذكر محمد في الكفالة والنكاح والزادات انه ينظر ان ثبت الدين بمعاقذة كالبيع والنكاح والكفالة والصلح عن دم العمد والصلح عن المال والخلع أو ثبت تبعاً فيها هو معاقذة كالنفقة في باب النكاح فالقول قول الطالب وكذا في الغصب والزكاة وان ثبت الدين بغير ذلك كاحراق الثوب أو القتل الذي لا يوجب القصاص ويوجب المال في مال الجاني وفي الخطا فالقول قول المطلوب وذكر الخصاص رحمه الله في آداب القاضي انه ان وجب الدين عوضاً عن مال سلم للمشتري نحو ثمن المبيع الذي سلم له البيع والقرض والغصب والسلم الذي أخذ المسلم اليه رأس المال فالقول قول الطالب وكل دين ليس له عوض أصلاً كاحراق الثوب أو له عوض ليس بمال كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد والكفالة فالقول قول المطلوب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم القول قول المطلوب على كل حال ولا يجبس لان الفقر أصل في بني آدم والغنا عارض فكان الظاهر شاهداً للمطلوب فكان القول قوله مع يمينه وقال بعضهم القول قول الطالب على كل حال لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان وقال بعضهم يحكم زيه اذا كان زيه زى الا غنياء فالقول قول الطالب وان كان زيه زى الفقراء فالقول قول المطلوب وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه يحكم زيه فيؤخذ بحكمه في الفقر والغنا الا اذا كان المطلوب من الفقهاء أو العلوية أو الاشراف لان من عادتهم التكلف في اللباس والتجمل بدون الغنا فيكون القول قول المديون انه معسر (وجه) ما ذكره الخصاص رحمه الله ان القول في الشرع قول من يشهد له الظاهر واذا وجب الدين بدلاً عن مال سلم له كان الظاهر شاهداً للطالب لانه ثبتت قدرة المطلوب بسلامة المال وكذا في الزكاة انها لا تجب الا على الغني فكان الظاهر شاهداً للطالب (وجه) قول محمد رحمه الله وهو ظاهر الرواية ان الظاهر شاهد للطالب فيما ذكرنا أيضاً من طريق الدلالة وهو اقدم على المعاقدة فان الاقدام على التزوج دليل القدرة اذ الظاهر ان الانسان لا يتزوج حتى يكون له شيء ولا يتزوج أيضاً حتى يكون له قدرة على المهر وكذا الاقدام على الخلع لان المرأة لا تخلع عادة حتى يكون عندها شيء وكذا الصلح لا يقدم الانسان عليه الا عند القدرة فكان الظاهر شاهداً للطالب في هذه المواضع فكان القول قوله والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يمنع المحبوس عنه وما لا يمنع فالمحبوس ممنوع عن الخروج الى أشغاله ومهمات الى الجامع والجماعات والاعياد وتشيع الجنائز وعيادة المرضى والزيارة والضيافة لان الحبس للتوسل الى قضاء الدين فاذا منع عن أشغاله ومهماته الدينية والدنيوية تضجر فيسارع الى قضاء الدين ولا يمنع من دخول أقاربه عليه لان ذلك لا يخل بما وضع له الحبس بل قد يقع وسيلة اليه ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشراء والهبة والصدقة والاقرار لغیرهم من الغرماء حتى لو فعل شيئاً من ذلك قد ولم يكن للغرماء ولاية الا بطلان لان الحبس لا يوجب بطلان أهلية التصرفات ولو طلب الغرماء الذين حبس لا جملهم من القاضي ان يحجر على المحبوس من الاقرار والهبة والصدقة وغيره لم يحجبهم الى ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما انه يحجبهم اليه وكذا اذا طلبوا من القاضي بيع ماله عليه مما سوى الدراهم والدنانير من المنقول والعقار له ان يحجبهم اليه عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يحجبهم الى ذلك وهي مسألة الحجر لكن اذا كان دينه دراهم وعنده دراهم فان القاضي يقضي بهادينه لانها من جنس حقه وان كان دينه دراهم وعنده دنانير باعها القاضي بالدراهم وقضى بهادينه وكذا اذا كان دينه دنانير وعنده دراهم باعها القاضي بالدنانير وقضى بهادينه فرق بين الدنانير والدراهم وبين سائر الاموال انه يبيع أحدهما بالآخر لقضاء الدين ولا يبيع سائر الاموال (وجه) الفرق ان الدراهم والدنانير من جنس واحد من وجه دليل انه يكمل نصاب أحدهما بالآخر في باب الزكاة والمؤدى عن أحدهما كان مؤدى عن الآخر عند الهلاك فكان بينهما مجانسة من وجه فصار كل واحد منهما كعين الآخر حكماً وليس بين العروض وبين الدراهم والدنانير مجانسة بوجه فلا يملك التصرف على المحبوس ببيعهما باهوان العروض اذا بيعت لقضاء الدين فانها لا تشتري مثل ما تشتري في سائر الاوقات بل دون

ذلك وفيه ضرر به ولا ضرر في الدراهم والدنانير لانه لا تنفاوت وهذا بخلاف ما بعد الموت ان القاضي يبيع جميع ماله لقضاء دينه لان بيع القاضي ليس تصرفاً على الميت لبطلان أهليته بالموت ولانه رضى بذلك في آخر جزء من أجزاء حياته هذا هو الظاهر لان قضاء الديون من حوائجها الاصلية فكان راضياً بقضاء الدين من أى مال كان تخليصاً لنفسه عن عهدة الدين عندما سده عن حياته والله سبحانه وتعالى أعلم وينفق المحبوس على نفسه وعياله وأقاربه ولا يمنع من ذلك ولا عن شئ من التصرفات الشرعية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حبس العين بالدين فالمحبوس بالدين في الاصل على نوعين محبوس هو مضمون ومحبوس هو أمانة والمضمون على نوعين أيضاً مضمون بالثمن ومضمون بالقيمة فالمضمون بالثمن كالمبيع في يد البائع حتى لو هلك سقط الثمن لانه لو بقي لطالبه البائع به فيطالبه المشتري بتسليم المبيع لان البيع تملك بازاء تملك وتسليم بازاء تسليم وهو عاجز عن التسليم لهلاك المبيع فلا يملك مطالبته فلا يملك البائع مطالبته بالثمن فيسقط ضرورة عدم الفائدة في البقاء ولان المبيع في يد البائع لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى الا ان ذلك مضمون بالقيمة وهذا بالثمن لوجود التسمية الصحيحة ههنا وانعدام التسمية هناك أصلاً وأما الوكيل بالشراء اذا أدى الثمن من مال نفسه فحبس السلعة لاستيفاء الثمن من الموكل فهلك فان كان قبل الطلب يهلك أمانة عند أصحابنا رحمهم الله الثلاثة وعند زفر رحمه الله يهلك مضموناً ولو كان بعد الطلب يهلك مضموناً لكن ضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ضمان الرهن وعند زفر رحمه الله ضمان الغصب وقد ذكرنا المسألة في كتاب الوكالة وأما المضمون بالقيمة فكالمبيع بيعاً فاسداً اذا لم يكن من ذوات الامثال اذا فسخ البائع البيع والمبيع في يد المشتري فحبسه ليرد البائع الثمن عليه فهلك في يده يهلك بقيمته ويتماصان ويترادان الفضل وكذا المرهون مضمون عندنا لكن بالقل من قيمته ومن الدين وعند الشافعي رحمه الله ليس بمضمون أصلاً وهي مسألة كتاب الرهن وأما المحبوس الذي هو أمانة فنحو نماء الرهن فانه محبوس بالدين لكنه أمانة في يد المرتين حتى لو هلك لا يسقط شئ من الدين وكذا المستأجر دابة اجارة فاسدة اذا كان عجل الاجرة فحبسه لاستيفاء الاجرة المعجلة حتى هلك في يده تهلك أمانة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الاكراه﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الاكراه لغة وشرعاً وفي بيان أنواع الاكراه وفي بيان شرائط الاكراه وفي بيان حكم ما يقع عليه الاكراه اذا أتى به المكروه وفي بيان ما عدل المكروه الى غير ما وقع عليه الاكراه أو زاد على ما وقع عليه الاكراه أو نقص عنه (أما) الاول فالاكراه في اللغة عبارة عن اثبات الكره والكره معنى قام بالمكروه يناق الحب والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم ولهذا قال أهل السنة ان الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصي أى لا يحبها ولا يرضى بها وان كانت الطاعات والمعاصي بارادة الله عز وجل وفي الشرع عبارة عن الدعاء الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرائطها التي نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان أنواع الاكراه فنقول انه نوعان نوع يوجب الاجاء والا اضطراب طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو قل الضرب أو كثر ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وانه غير سديد لان المعول عليه تحقق الضرورة فاذا تحققت فلا معنى لصورة العدد وهذا النوع يسمى اكراهاً تاماً ونوع لا يوجب الاجاء والا اضطراب وهو الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الاشياء أعنى الحبس والقيد والضرب وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراهاً ناقصاً

﴿فصل﴾ وأما شرائط الاكراه فنوعان نوع يرجع الى المكروه ونوع يرجع الى المكروه (أما) الذي يرجع الى المكروه فهو ان يكون قادر على تحقيق ما أوعده لان الضرورة لا تتحقق الا عند القدرة وعلى هذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انه يتحقق من السلطان وغيره (وجه) قولهما ان الاكراه ليس الا ابعاد بالحاق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعده لان المكروه يستغيث بالسلطان فيغيثه فاذا كان المكروه هو السلطان فلا يجد غوثا وقيل انه لا خلاف بينهم في المعنى انما هو خلاف زمان ففي زمن أبي حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الاكراه ثم تغير الحال في زمانهما فغير الفتوى على حسب الحال والله سبحانه وتعالى أعلم فاما البلوغ فليس بشرط لتحقيق الاكراه حتى يتحقق من الصبي العاقل اذا كان مطاعا مسلطا وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط فيتحقق الاكراه من البالغ المختلط العقل بعد ان كان مطاعا مسلطا (وأما) النوع الذي يرجع الى المكروه فهو ان يقع في غالب رأيه وأكثر طئه انه لو لم يجب الى ما دعى اليه لتحقيق ما أوعده لان غالب الرأي حجة خصوصا عند تعذر الوصول الى التعيين حتى انه لو كان في أكثر رأى المكروه ان المكروه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الاكراه شرعا وان وجد صورة الابعاد لان الضرورة لم تتحقق ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في أكثر رأى المكروه انه لو لم يفعل يتحقق ما أوعده يثبت حكم الاكراه لتحقيق الضرورة ولهذا انه لو كان في أكثر رأيه انه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر الى ان يلحقه الجوع المهلك لازيل عنه الاكراه لا يباح له ان يعجل بتناولها وان كان في أكثر رأيه انه وان صبر الى تلك الحالة لما ازيل عنه الاكراه يباح ان يتناولها للحال دل ان العبرة لغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الابعاد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق ما يقع عليه الاكراه في الاصل نوعان حسي وشرعي وكل واحد منهما على ضربين معين ومخير فيه أما الحسي المعين في كونه مكرها عليه فلا كل والشرب والشم والكفر والاتلاف والقطع عينا وأما الشرعي فالطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والرجعة واليمين والنذر والظهار والايلاء والنيء في الايلاء والبيع والشراء والهبة والاجارة والابراء عن الحقوق والكفالة بالنفس وتسليم الشفعة وترك طلبها ونحوها والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق اما التصرفات الحسية فيتعلق بها حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة الثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فنقول وبالله التوفيق التصرفات الحسية التي يقع عليها الاكراه في حق أحكام الآخرة ثلاثة أنواع نوع هو مباح ونوع هو مريض ونوع هو حرام ليس بمباح ولا مريض (أما) النوع الذي هو مباح فكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر اذا كان الاكراه تاما بان كان بوعيد تلف لان هذه الاشياء مما تابح عند الاضطرار قال الله تبارك وتعالى الا ما اضطررتم اليه أي دعتمكم شدة الجاعة الى أكلها والاستثناء من التحريم إباحة وقد تحقق الاضطرار بالاكراه فيباح له تناول بل لا يباح له الامتناع عنه ولو امتنع عنه حتى قتل يؤاخذ به كما في حالة الخمصة لانه بالامتناع عنه صار ملقيا نفسه في التهلكة والله سبحانه وتعالى نهى عن ذلك بقوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة وان كان الاكراه ناقصا لا يحل له الاقدام عليه ولا يرضى أيضا لانه لا يفعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه فكانت الحرمة بحكمها قائمة وكذلك لو كان الاكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا والا لا جميعنك لا يحل له ان يفعل حتى يحييه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس أو العضو لان الضرورة لا تتحقق الا في تلك الحالة والله تعالى أعلم (وأما) النوع الذي هو مريض فهو مريض فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالايمان اذا كان الاكراه تاما وهو محرم في نفسه مع ثبوت الرخصة فإثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة لا في تغيير وصفه وهو الحرمة لان كلمة الكفر بما لا يحتمل الإباحة بحال فكانت الحرمة

قائمة الا انه سقطت المؤاخذه لعذر الا كراهة قال الله تبارك وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان على التقديم والتأخير في الكلام والله سبحانه وتعالى أعلم والامتناع عنه أفضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان مأجورا لانه جاد بنفسه في سبيل الله تعالى فيرجو ان يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا وقال عليه الصلاة والسلام من قتل مجبرا في نفسه فهو في ظل العرش يوم القيامة وكذلك التكلم بشتم النبي عليه الصلاة والسلام مع اطمئنان القلب بالإيمان والاصل فيه ما روى أن عمار بن ياسر رضى الله عنهم لما أكرهه الكفار ورجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ما وراءك يا عمار فقال شريارسول الله ما تركوني حتى نلت منك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادوا فعد فقد رخص عليه الصلاة والسلام في اتيان الكلمة بشر يطة اطمئنان القلب بالإيمان حيث أمره عليه الصلاة والسلام بالعود الى ما وجد منه لكن الامتناع عنه أفضل لما روى من هذا النوع شتم المسلم لان عرض المسلم حرام التعرض في كل حال قال النبي عليه الصلاة والسلام كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله الا انه رخص له لعذر الا كراهة وأثر الرخصة في سقوط المؤاخذه دون الحرمة والامتناع عنه حفظا لحرمة المسلم وإيثارا له على نفسه أفضل ومن هذا النوع اتلاف مال المسلم لان حرمة مال المسلم حرمة دمه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال الا انه رخص له الاتلاف لعذر الا كراهة حال المخمصة على ما ذكر ولو امتنع حتى قتل لا يأتى بل يثاب لان الحرمة قائمة فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجورا لا مأزورا وكذلك اتلاف مال نفسه مرخص بالا كراهة لكن مع قيام الحرمة حتى انه لو امتنع فقتل لا يأتى بل يثاب لان حرمة ماله لا تسقط بالا كراهة ألا ترى انه أبيع له الدفع قال النبي عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا من أصابته المخمصة فسأل صاحبه الطعام فمنعه فامتنع من التناول حتى مات انه لا يأتى لما ذكرنا انه بالامتناع راعى حق الحرمة هذا اذا كان الا كراهة تاما فان كان ناقصا من الحبس والقيود والضرب الذي لا يخاف منه تلف النفس والعضو لا يرخص له أصلا ويحكم بكفره وان قال كان قلبي مطمئنا بالإيمان فلا يصدق في الحكم على ما ذكر ويأتى بشتم المسلم واتلاف ماله لان الضرورة لم تتحقق وكذا اذا كان الا كراهة تاما ولكن في أكبر رأى المكروه ان المكروه لا يحقق ما أوعده لا يرخص له الفعل أصلا ولو فعل يأتى لا نعدام تحقق الضرورة لا نعدام الا كراهة شرعا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالا كراهة أصلا فهو قتل المسلم بغير حق سواء كان الا كراهة ناقصا أو تاما لان قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الا باحالة بحال قال الله تبارك وتعالى ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك قال الله سبحانه وتعالى والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وأثماً مبيتاً وكذلك ضرب الوالدين قل أو كثر قال الله تعالى ولا تقل لهما أف والنهي عن التأفيف نهى عن الضرب دلالة بالطريق الاولى فكانت الحرمة قائمة بحكمها فلا يرخص الاقدام عليه ولو أقدم يأتى والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) ضرب غير الوالدين اذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط أو نحوه فيرجى ان لا يؤاخذ به وكذا الحبس والقيود لان ضرره دون ضرر المكروه بكثير فالظاهر انه يرضى بهذا القدر من الضرر لا حياة أخيه ولو أذن له المكروه عليه أو قطعه أو ضربه فقال للمكروه افعلا يباح له ان يفعل لان هذا مما لا يباح بالا باحة ولو فعل فهو آثم ألا ترى انه لو فعل بنفسه آثم بغيره أولى وكذا الزنا من هذا القبيل انه لا يباح ولا يرخص للرجل بالا كراهة وان كان تاما ولو فعل يأتى لان حرمة الزنا ثابتة في العقول قال الله سبحانه وتعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا فدل انه كان فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغير حق ولو أذنت المرأة به لا يباح أيضا حرة كانت أو أمة أذن له مولاه لان الفرج لا يباح بالا باحة وأما المرأة فيرخص لها لان الذي يتصور منها ليس الا التمكن وهي مع ذلك مدفوعة اليه وهذا عندى فيه نظر لان فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى

سماها زانية الا ان زنا الرجل بالا يلاج وزناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت فاحتمل الوصف بالخطر والحرمة فينبغي ان لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحكم الذي يرجع الى الدنيا في الانواع الثلاثة اما النوع الاول فالمكره على الشرب لا يجب عليه الحد اذا كان الا كراه تاما لان الحد شرع زاجرا عن الجنابة في المستقبل والشرب خرج من ان يكون جنابة بالا كراه وصار مباحا بل واجبا عليه على ما مر واذا كان ناقصا يجب لان الا كراه الناقص لم يوجب تغير الفعل عما كان عليه قبل الا كراه بوجه ما فلا يوجب تغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثاني فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان بخلاف المكره على الايمان أنه يحكم بايمانه والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان الايمان في الحقيقة تصديق والكفر في الحقيقة تكذيب وكل ذلك عمل القلب والا كراه لا يعمل على القلب فان كان مصدقا بقلبه كان مؤمنا لوجود حقيقة الايمان وان كان مكذبا بقلبه كان كافرا لوجود حقيقة الكفر الا ان عبارة اللسان جعل دليلا على التصديق والتكذيب ظاهر احالة الطوع وقد بطلت هذه الدلالة بالا كراه فبقى الايمان منه والكفر محتملا فكان ينبغى أن لا يحكم بالا سلام حالة الا كراه مع الاحتمال كما لم يحكم بالكفر فيها بالا احتمال الا انه حكم بذلك لوجهين أحدهما انا انما قبلنا ظاهر ايمانه مع الا كراه ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيؤثر امره الى الحقيقة وان كنا لا نعلم بايمانه لا قطعاً ولا غالباً وهذا جائز ألا ترى ان الله تبارك وتعالى أمرنا في النساء المهاجرات بامتحانهن بعد وجود ظاهر الكلمة منهن بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتنوهن ليظهر لنا ايمانهن بالدليل الغالب لقوله عز شأنه فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار كذا هي هنا وهذا المعنى لا يتحقق في الا كراه على الكفر والثاني أن اعتبار الدليل المحتمل في باب الاسلام يرجع الى اعلاء الدين الحق وان اعتبار الغالب يرجع الى ضده واعلاء الدين الحق واجب قال النبي عليه الصلاة والسلام الاسلام الاسلام يعلو ولا يعلى فوجب اعتبار المحتمل دون الغالب اعلاء الدين الحق وذلك في الحكم بايمان المكره على الايمان والحكم بعدم كفر المكره والله سبحانه وتعالى أعلم ولوا كراه على الاسلام فأسلم ثم رجع يحجر على الاسلام ولا يقتل بل يحبس ولكن لا يقتل والقياس أن يقتل لوجود الردة منه وهي الرجوع عن الاسلام (وجه) الاستحسان انا انما قبلنا كلمة الاسلام منه ظاهر اطمع الحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فينجع التصديق في قلبه على ما مر فاذا رجع تبين أنه لا مطمع لحقيقة الاسلام فيه وانه على اعتقاده الاول فلم يكن هذا رجوعاً عن الاسلام بل اظهار الما كان في قلبه من التكذيب فلا يقتل وكذلك الكافر اذا أسلم وله اولاد صغار حتى حكم باسلامهم تبعاً لا بهم فباعوا كفاراً يجبرون على الاسلام ولا يقتلون لانه لم يوجد منهم الاسلام حقيقة فلم يتحقق الرجوع عنه والله سبحانه وتعالى أعلم ولوا كراه على أن يقر أنه أسلم أمس فاقر لا يحكم باسلامه لان الا كراه يمنع صحة الاقرار لما ذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واذا لم يحكم بكفره باجراء الكلمة لا تثبت أحكام الكفر حتى لا تبين منه امر أنه والقياس أن تثبت اليقونة لوجود سبب القرعة وهو الكلمة أو هي من أسباب القرعة بمنزلة كلمة الطلاق ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكراه فكذا حكم هذه (وجه) الاستحسان ان سبب القرعة الردة دون نفس الكلمة وانما الكلمة دلالة عليها حالة الطوع ولم يبق دليلاً حالة الا كراه فلم تثبت الردة فلا تثبت اليقونة ولو قال المكره خطر بيالى في قولي كفرت بالله ان أخبر عن الماضي كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه دعى الى انشاء الكفر وقد أخبر أنه أتى بالاخبار وهو غير مكره على الاخبار بل هو طائع فيه ولو قال طائفاً كفرت بالله ثم قال عنيت به الاخبار عن الماضي كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق في القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف الظاهر ولو أكره على الاخبار فيما مضى ثم قال ما أردت به الخبر عن الماضي فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه لم يجبه الى مادعاه اليه بل أخبر انه انشأ الكفر طوعاً ولو قال لم

يخطر بباله شيء آخر لا يحكم بكفره لانه اذا لم يرد شيئا يحمل على الاجابة الى ظاهر الكلمة مع اطمئنان القلب بالايان
فلا يحكم بكفره وكذلك لو اكره على الصلاة للصليب فقام يصلي فخطر بباله أن يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة
أو غير مستقبل القبلة فينبغي أن ينوي بالصلاة أن تكون لله عز وجل فاذا قال نويت به ذلك لم يصدق في القضاء ويحكم
بكفره لانه أتى بغير ما دعى اليه فكان طائعا والطائع اذا فعل ذلك وقال نويت به ذلك لا يصدق في القضاء كذا
هذا ويصدق فيما بينه وبين الله عز شأنه لانه نوى ما يحتمله فعله ولو صلى للصليب ولم يصل لله سبحانه وتعالى وقد
خطر بباله ذلك فهو كافر بالله في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى للصليب طائعا مع امكان الصلاة لله
تعالى وان كان مستقبل الصليب فان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب ظاهرا وقلبه مطمئن بالايان لا يحكم بكفره
ويحمل على الاجابة الى ظاهر ما دعى اليه مع سكون قلبه بالايان وكذلك لو اكره على سب النبي عليه الصلاة
والسلام فخطر بباله رجل آخر اسمه محمد فسبه وأقر بذلك لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه اذا خطر بباله
رجل آخر فهدا طائع في سب النبي محمد عليه الصلاة والسلام ثم قال عنيت به غيره فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما
بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه ولو لم يتعبد بالسب رجلا آخر فسب النبي عليه الصلاة والسلام فهو كافر في
القضاء وفيما بينه وبين الله جل شأنه ولو لم يخطر بباله شيء لا يحكم بكفره ويحمل على جهة الاكراه على ما أمر والله
سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الاكراه على الكفر تاما فاما اذا كان ناقصا يحكم بكفره لانه ليس بمكره في الحقيقة
لانه ما فعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه ولو قال كان قلبي مطمئنا بالايان لا يصدق في الحكم لانه خلاف الظاهر
كالطائع اذا جرى الكلمة ثم قال كان قلبي مطمئنا بالايان ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى (وأما) المكره على اتلاف
مال الغير اذا أتلفه يجب الضمان على المكره دون المكره اذا كان الاكراه تاما لان المتلف هو المكره من حيث المعنى
وانما المكره بمنزلة الآلة على معنى انه مسلوب الاختيار اثارا وارتضاء وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله
بآلة غيره بأن يأخذ المكره فيضربه على المال فامكن جعله آلة المكره فكان التلف حاصلًا باكراهه فكان الضمان
عليه وان كان الاكراه ناقصا فالضمان على المكره لان الاكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره لانه لا يسلب
الاختيار أصلا فكان الاتلاف من المكره فكان الضمان عليه وكذلك لو اكره على أن يأكل مال غيره فالضمان
عليه لان هذا النوع من الفعل وهو الاكل مما لا يعمل عليه الاكراه لانه لا يتصور تحصيله بآلة غيره فكان طائعا
فيه فكان الضمان عليه ولو اكره على أن يأكل طعام نفسه فأكل أو على أن يلبس ثوب نفسه فلبس حتى تحرق
لا يجب الضمان على المكره لان الاكراه على أكل مال غيره لا يوجب الضمان على المكره فعلى مال نفسه أولى مع ما
أن أكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من باب الاتلاف بل هو صرف مال نفسه الى مصلحة بقائه ومن صرف مال
نفسه الى مصلحة لا ضمان له على أحد ولو أذن صاحب المال المكره باتلاف ماله من غير اكراه فأتلفه لا ضمان على
أحد لان الاذن بالاتلاف يعمل في الاموال لان الاموال مما تابح بالا باحبة واتلاف مال مأذون فيه لا يوجب
الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثالث فاما المكره على القتل فان كان الاكراه تاما فلا قصاص عليه
عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزروا ويوجب على المكره وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص
عليهما ولكن تجب الدية على المكره وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره وعند الشافعي
رحمه الله يجب عليهما (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن القتل اسم لفعل يفضى الى زهوق الحياة عادة وقد وجد في كل
واحد منهما الا انه حصل من المكره مباشرة ومن المكره تسببا فيجب القصاص عليهما جميعا (وجه) قول زفر
رحمه الله ان القتل وجد من المكره حقيقة حسا ومشاهدة وانكارا لحسوس مكابرة فوجب اعتباره منه دون المكره
اذا اصل اعتبار الحقيقة لا يجوز المدول عنها الا بدليل (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان المكره ليس بقاتل
حقيقة بل هو مسبب للقتل وانما القاتل هو المكره حقيقة ثم لما لم يجب القصاص عليه فلان لا يجب على المكره أولى

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وعفوا لشيء عفو عن موجب المستكره عليه معفوا بظاهر الحديث ولان القاتل هو المكره من حيث المعنى وانما الموجود من المكره صورة القتل فاشبه الآلة اذا قتل مما يمكن اكتسابه بآلة الغير كاتلاف المال ثم المتلف هو المكره حتى كان الضمان عليه فكذا القاتل ألا ترى انه اذا أكره على قطع يد نفسه له أن يقتص من المكره ولو كان هو القاطع حقيقة لما اقتص ولان معنى الحياة أمر لا بد منه في باب القصاص قال الله تعالى ولكم من القصاص حياة ومعنى الحياة شرعا واستيفاء لا يحصل بشرع القصاص في حق المكره واستيفائه منه على ما مر في مسائل الخلاف لذلك وجب على المكره دون المكره وان كان الاكراه ناقصا وجب القصاص على المكره بلا خلاف لان الاكراه الناقص يسلب الاختيار أصلا فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لو كان المكره صبيا أو معتوها يعقل ما أمره به فالقصاص على المكره عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما ذكرنا ولو كان الصبي المكره يعقل وهو مطاع أو بالغ مختلط العقل وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلة الدية لان عمد الصبي خطأ ولو قال المكره على قتله للمكره اقتلني من غيرا كراهة قتله لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة لانه لو قتله من غير اذن لا يجب عليه فهذا أولى وعند زفر يجب عليه القصاص وكذا لا قصاص على المكره عندنا وفي وجوب الدية روايتان وموضع المسئلة كتاب الديات ومن الاحكام التي تتعلق بالاكراه على القتل أن المكره على قتل مورثه لا يحرم الميراث عند أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا أن الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقة بل هو في معنى الآلة فكان القتل مضافا الى المكره ولانه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب الكفارة فلا يوجب حرمان الميراث وعلى قياس قول زفر والشافعي رحمهما الله يحرم الميراث لانه يتعلق به وجوب القصاص (وأما) المكره فيحرم الميراث عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي رضي الله عنهم لوجوب القصاص عليه وعند أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يحرم لانعدام وجوب القصاص عليه والكفارة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره بالغافان كان صبيا وهو وارث المتقول لا يحرم الميراث لان من شرط كون القتل جازما أن يكون حراما وفعل الصبي لا يوصف بالحرمة ولهذا اذا قتله بيد نفسه لا يحرم فاذا قتله بيد غيره أولى وكذلك المكره على قطع يد انسان اذا قطع فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في القتل غير أن صاحب اليد اذا كان اذن للمكره بقطع يده من غيرا كراهة ففقط لا ضمان على أحد وفي باب القتل اذا أذن لمكره على قتله المكره بالقتل فقتل فهو اختلاف الرواية في وجوب الدية على المكره والله سبحانه وتعالى أعلم والفرق ان الأطراف يسلك بها مسلك الاموال في بعض الاحوال والاذن باتلاف المال المحض مباح فالاذن باتلاف ماله حكم المال في الجملة يورث شبهة الاباحة فيمنع وجوب الضمان بخلاف النفس يدل على التفرقة بينهما انه اذا قال له لتقطع يدك والا لاقتلنك كان في سعة من ذلك ولا يسعه ذلك في النفس والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المكره على الزنا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا اذا أكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد وهو القياس لان الزنا من الرجل لا يتحقق الا بانتشار الآلة والا كراه لا يؤثر فيه فكان طائعا في الزنا فكان عليه الحد ثم رجع وقال اذا كان الاكراه من السلطان لا يجب بناء على ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان عنده وعندهما يتحقق من السلطان وغيره فاذا جاء من غير السلطان ما يجبي عن السلطان لا يجب والفرق لا في حنيفة ما ذكرنا من قبل ان المكره يلحقه الغوث اذا كان الاكراه من غير السلطان ولا يجذغوثا اذا كان الاكراه منه (وأما) قوله ان الزنا لا يتحقق الا بانتشار الآلة فنعم لكن ليس كل من تنشر آله يفعل فكان فعله بناء على اكراهه فيعمل فيه لضرورة مدفوعا اليه خوفا من القتل فيمنع وجوب الحد ولكن يجب العقر على المكره لان الزنا في دار الاسلام لا يخلو عن احدي الغرامتين وانما وجب العقر على المكره دون المكره لان الزنا مما لا يتصور تحصيله بآلة غيره والا صل ان كل ما لا يتصور تحصيله بآلة الغير فضا منه على المكره وما يتصور تحصيله

بالله الغير فضمانه على المكروه كذلك المرأة اذا أكرهت على الزنا لحد عليها لانها بالاكراه صارت محمولة على التمكن خوفاً من مضرة السيف فيمنع وجوب الحد عليها كما في جانب الرجل بل أولى لان الموجود منها ليس الا التمكن ثم الاكراه لما أثر في جانب الرجل فلان يؤثر في جانبها أولى هذا اذا كان اكراه الرجل تاماً فاما اذا كان ناقصاً بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحد لما مر ان الاكراه الناقص لا يجعل المكروه مدفوعاً الى فعل ما أكرهه فبقى مختاراً مطلقاً فيؤخذ بحكم فعله (وأما) في حق المرأة فلا فرق بين الاكراه التام والناقص ويدرأ الحد عنها في نوعي الاكراه لانها لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكن وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالاكراه فيدرأ عنها الحد هذا الذي ذكرنا اذا كان المكروه عليه معيناً فاما اذا كان مخيراً فيه بان أكرهه على أحد فعلين من الانواع الثلاثة غير معين فنقول وبالله التوفيق أما الحكم الذي يرجع الى الآخرة وهو ما ذكرنا من الإباحة والرخصة والحرمة المطلقة فلا يختلف التخيير بين المباح والمرخص انه يبطل حكم الرخصة أعني به ان كل ما يباح حالة التعيين يباح حالة التخيير وكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التخيير وكل ما يرخص حالة التخيير ولا يرخص حالة التعمين يرخص حالة التخيير لا اذا كان التخيير بين المباح وبين المرخص وبيان هذه الجملة اذا أكرهه على أكل ميتة أو قتل مسلم يباح له الاكل ولا يرخص له القتل وكذا اذا أكرهه على أكل ميتة أو أكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين من قطع اليد وشتم المسلم والزنا يباح له الاكل ولا يباح له شيء من ذلك ولا يرخص كما في حالة التعيين ولو امتنع من الاكل حتى قتل يأتى كما في حالة التعيين ولو أكرهه على القتل والزنا لا يرخص له ان يفعل أحدهما ولو امتنع عنهما لا يأتى اذا قتل بل يثاب كما في حالة التعيين ولو أكرهه على القتل أو الاتلاف لمال انسان يرخص له الاتلاف ولو لم يفعل أحدهما حتى قتل لا يأتى بل يثاب كما في حالة التعيين وكذا اذا أكرهه على قتل انسان واتلاف مال نفسه يرخص له الاتلاف دون القتل كما في حالة التعيين ولو امتنع عنهما حتى قتل لا يأتى وكذا لو أكرهه على القتل أو الكفر يرخص له ان يجري كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى قتل فهو مأجور كما في حالة التعيين فاما اذا أكرهه على أكل ميتة أو الكفر لم يذكر هذا الفصل في الكتاب وينبغي ان لا يرخص له كلمة الكفر أصلاً كما لا يرخص له القتل لان الرخصة في اجراء الكلمة لمكان الضرورة ويمكنه دفع الضرورة بالمباح المطلق وهو الاكل فكان اجراء الكلمة حاصلاً باختياره مطلقاً فلا يرخص له والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الحكم الذي يرجع الى الدنيا فقد يختلف بالتخيير حتى انه لو أكرهه على أكل الميتة أو قتل المسلم فلم يأكل وقتل يجب القصاص على المكروه لانه أمكنه دفع الضرورة بتناول المباح فكان القتل حاصلاً باختياره من غير ضرورة فيؤخذ بالقصاص ولو أكرهه على القتل أو الكفر فلم يأت بالكلمة وقتل فالقياس ان يجب القصاص على المكروه لانه مختار في القتل حيث آثر الحرام المطلق على المرخص فيه وفي الاستحسان انه لا قصاص عليه ولكن تجب الديّة في ماله ان لم يكن عالماً ان لفظ الكفر مرخص له منهم من استدل بهذه اللفظة على انه لو كان عالماً ومع ذلك تركه وقتل يجب القصاص على المكروه لانه أخرجهما مخرج الشرط ومنهم من قال لا يجب علم أو لم يعلم وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب ان أمر هذا الرجل محمول على انه ظن ان اجراء كلمة الكفر على اللسان أعظم حرمة من القتل فأورث شبهة الرخصة في القتل والقصاص لا يجب مع الشبهات حتى لو كان عالماً يجب القصاص عند بعضهم لانعدام الظن المورث للشبهة وعند بعضهم لا يجب لانه وان علم بالرخصة فقد استعظم حلف الكفر بالامتناع عنه فجعل استعظامه شبهة دارية للقصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وانما وجبت الديّة في ماله لا على العاقلة لانه عمد (وقال) عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمداً ولا يرجع على المكروه لان القتل حصل باختياره فلا يملك الرجوع عليه ولو أكرهه على القتل أو الزنا فزنا القياس ان يجب عليه الحد وفي الاستحسان يدرأ عنه لما مر ولو قتل لا يجب القصاص على المكروه ولكنه يؤدب بالحبس والتعزير ويقتص من المكروه كما في حالة التعيين على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا كله اذا كان الاكراه على الافعال

الحسية فاما اذا كان على التصرفات الشرعية فتقول وبالله التوفيق التصرفات الشرعية في الاصل نوعان انشاء واقرار
والا انشاء نوعان نوع لا يحتمل التسخ ونوع يحتمله أما الذي لا يحتمل التسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح
واليمين والنذر والظهار والا يلاء والقي في الايلاء والتدبير والعفو عن القصاص وهذه التصرفات جائزة مع الاكراه
عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تجوز واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن امتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه فان لم يكن حكم كل ما استكرهوا عليه عفواً ولأن القصد الى ما وضع له التصرف شرط
جوازه ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لان المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له
وانما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه (ولنا) ان عمومات النصوص واطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات
من غير تخصيص وتقييد (أما) الطلاق فلقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله عليه الصلاة والسلام كل
طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان الفأنت بالاكراه ليس الا الرضا طبعاً وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق فان
طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعاً وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفأنت حسناً وجمالاً الرائقة تغنجاً ودلاً لا
لخلل في دينها وان كان لا يرضى به طبعاً ويقع الطلاق عليها وأما الحديث فقد قيل ان المراد منه الاكراه على الكفر لان
القوم كانوا حديثي العهد بالاسلام وكان الاكراه على الكفر ظاهراً يومئذ وكان يجري على ألسنتهم كلمات الكفر
خطأ وسهواً فعفا الله جل جلاله عن ذلك عن هذه الامة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما انا نقول
بموجب الحديث ان كل مستكره عليه معفو عن هذه الامة لكن لا نسلم ان الطلاق والعتاق وكل تصرف قولي مستكره
عليه وهذا لان الاكراه لا يعمل على الاقوال كما يعمل على الاعتقادات لان أحد ألا يقدر على استعمال لسان غيره
بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبراً فكان كل متكلم مخياراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكره عليه حقيقة فلا يتناول
الحديث وقوله القصد الى ما وضع له التصرف بشرط اعتبار التصرف قلنا هذا باطل بطلاق الهازل ثم ان كان شرطاً
فهو موجودهم لانه قاصد دفع الهلاك عن نفسه ولا يندفع عنه الا بالقصد الى ما وضع له فكان قاصداً اليه ضرورة ثم
لا يخلو اما ان أكره على تنجز الطلاق أو على تعليقه بشرط أو على تحصيل الشرط الذي علق به وقوع الطلاق وحكم
الجواز لا يختلف في نوعي التنجز والتعليق وحكم الضمان يتفق مرة ويختلف أخرى وسند كرتفصيل هذه الجملة في
فصل الاكراه على الاعتاق وانما ندكر هنا حكم جواز التطليق المنجز فتقول اذا جاز طلاق المكره فان كان قبل
الدخول بها يجب عليه نصف المهر ورض ان كان المهر مفر ورضاً والمتعة اذا لم يكن مفروضاً لان هذا حكم الطلاق قبل
الدخول ويرجع به على المكره لانه هو الذي دفعه الى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان قرار الضمان عليه واذا كان
بعد الدخول بها يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكره لان المهر يتأكد باستيفاء منفعة البضع على وجه لا يحتمل
السقوط وهو الذي استوفى المبدل باختياره فعليه تسليم البدل والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا كان الاكراه
ناقصاً لا سبيل على المكره لانه لا يخل باختيار المكره أصلاً على ما مر هذا اذا كان الاكراه على الطلاق فاما اذا كان
الاكراه على التوكيل بالطلاق ففعله الوكيل فحكمه يذكرك في فصل الاكراه على الاعتاق ان شاء الله تعالى وأما العتاق فلما
روى ان رجلاً جاء الى النبي عليه الصلاة والسلام وقال علمني عملاً يدخلني الجنة فقال اعتق النسمة وفك الرقبة فقال
أوليسوا واحداً فقال عليه الصلاة والسلام لا اعتق النسمة ان تفرد بعقتها وفك الرقبة ان تعين في عتقها وغيره من
الاحاديث التي فيها النذب الى الاعتاق من غير فصل بين المكره والطائع ولان الاعتاق تصرف قولي فلا يؤثر فيه
الاكراه كالطلاق ثم لا يخلو اما ان كان على تنجز العتق أو على تعليقه بشرط أو على شرط العتق المعلق به أما اذا كان
الاكراه على تنجز العتق فاعتق يضمن المكره قيمة العبد موسراً كان أو معسراً ولا يرجع المكره على العبد بالضمان ولا
سعاية على العبد والولا علولاه أما وجوب الضمان على المكره فلا ان العبد آدمي هو مال والاعتاق اتلاف المالية
والاموال مضمونة على المكره بالاتلاف فكان الضمان على المكره كما في سائر الاموال ويستوى فيه يساره واعساره

لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليساو والاعسار ولا يرجع على العبد بالضمان لان سبب وجوب الضمان منه باختياره
 فلا معنى للرجوع الى غيره والولاء للمكره لان الاعتاق من حيث هو كلام مضاف الى المكره لاستحالة ورود
 الاكراه على الاقوال فكان الولاء له ولا سعاية على العبد لان العبد انما يستسعى اما للتخريج به الى العتق تكميلا له واما
 لتعليق حق الغير به وقد عتق كله فلا حاجة الى التكميل وكذا لاحق لاحد تعلق به فلا سعاية عليه ولو اكرهه على شراء
 ذي رحم محرم منه عتق عليه لان شراء القريب اعتاق بالنص والا كراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن لا يرجع المكره
 ههنا بقيمة العبد على المكره لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم ولو كان العبد مشتركا بين اثنين فأكرهه أحدهما على
 اعتاقه فاعتقه جازعتقه لما ذكرنا ان الاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن يعتق نصفه عند أبي حنيفة رضي الله عنه
 وعندهما يعتق كله بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ أولا يضمن الشريك المكره للشريك
 الاخر نصيبه وان كان يضمن المكره نصيب المكره لان الاعتاق من حيث هو اتلاف المال مضاف الى المكره فكان
 المتلف من حيث المعنى هو المكره فكان الضمان عليه سواء كان موسرا أو معسرا وهذا بخلاف حالة الاختيار اذا اعتقه
 أحد الشرعيين انه لا يضمن لشريكه الساكت اذا كان المعتق معسرا وههنا يضمن موسرا كان أو معسرا لان الضمان
 الواجب على المكره ضمان اتلاف على مامر والاصل ان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فالواجب على
 أحد الشرعيين حالة الاختيار ليس بضمان اتلاف لانعدام الاتلاف منه في نصيب شريكه أما على أصل أبي حنيفة
 رضي الله عنه فظاهر لانه لا يعتق نصيب شريكه وأما على أصلهما فان عتق لكن لا باعتاقه لان اعتاقه تصرف في ملك
 نفسه الا انه عتق نصيب شريكه عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون مضافا اليه كن حفر برأ في دار نفسه فوق فيها غيره أو
 سقى أرض نفسه ففسدت أرض غيره حتى لا يجب عليه الضمان الا ان وجوب الضمان على أحد الشرعيين حالة
 الاختيار عرف شرعا والشرع ورد به على الموسر فيقتصر على مورد الشرع وشريك المكره بالخيار ان شاء أعتق
 نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استساعه معسرا كان المكره أو موسرا وان شاء ضمن المكره
 ان كان موسرا فان اختار تضمين المكره فالولاء بين المكره والمكره لانه انتقل نصيبه اليه باختيار طريق الضمان
 وان اختار الاعتاق أو السعاية فالولاء بينه وبين شريكه وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ان كان
 المكره موسرا فلشريك المكره ان يضمه لا غير وان كان معسرا فله ان يستسعى العبد لا غير كما في حالة الاختيار
 وموضع المسئلة في كتاب العتاق وانما ذكرنا بعض ما يختص بالاكراه والله تعالى الموفق (وأما) التدبير فلان
 التدبير تحرير قال النبي عليه الصلاة والسلام المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثالث الا انه للحال تحرير من
 وجهه والا كراه لا يمنع تقاذب التحرير من كل وجه فلا يمنع تقاذب التحرير من وجهه بالطريق الأولى ويرجع المكره
 على المكره للحال بما نقصه التدبير وبعد موته يرجع ورثته على المكره بقيمة قيمته لان التدبير للحال اثبات الحرية من
 وجهه وانما تثبت الحرية من كل وجه في آخر جزء من أجزاء حياته فكان الاكراه على التدبير اتلافاً للمال المكره
 للحال من وجهه فيضمن بقسده من النقصان ثم يتكامل الاتلاف في آخر جزء من أجزاء حياته فيتكامل الضمان
 عند ذلك وذلك ببقية قيمته فاذا مات المكره صار ذلك ميراثا لورثته فكان لهم ان يرجعوا به على المكره والله تعالى
 الموفق هذا اذا أكرهه على تنجيز العتق فاما اذا أكرهه على تعليق العتق بشرط أما حكم الجواز فلا يختلف في النوعين
 لما ذكرنا وأما حكم الضمان فقد يختلف بيان ذلك اذا أكرهه على تعليق العتق بفعل نفسه فانه ينظر فان كان فعلا لا بد
 منه بان كان مفرضا عليه أو يخاف من تركه الهلاك على نفسه كالاكل والشرب ففعله حتى عتق يرجع بالضمان
 على المكره لان الاكراه على تعليق العتق بفعل لا بد له منه اكراهه على ذلك الفعل فكان مضافا الى المكره وان كان
 فعلا له منه بد كتقاضى دين الغريم أو تناول شيء له منه بد ففعل حتى عتق لا يرجع بالضمان على المكره لانه اذا كان
 له منه بد لا يكون مضطرا الى تحصيله اذ لا يلحقه بتركه كثير ضرر فاشبه الاكراه الناقص فلا يكون الاكراه على تعليق

العتق به اكرها عليه فلا يكون تلف المال مضافا الى المكره فلا يرجع عليه بالضمان ولو اكره على ان يقول كل مملوك املكه فيما استقبله فهو حر فقال ذلك ثم ملك مملوكا حتى عتق عليه فان ملك بشراء او هبة او صدقة او وصية لا ضمان على المكره لانه انما ملكه باختياره فيقطع اضافة اكره الا تلاف الى المكره وان ملك بارت فكذلك في القياس وفي الاستحسان يضمن لانه لا صنع للمكره في الارث فبقى الا تلاف مضافا الى المكره ولو اكره على ان يقول لعبده ان شئت فانت حر فقال شئت حتى عتق ضمن المكره لان مشيئة المكره العتق توجد غالبا فأشبه التعليق بفعل لا بد منه فكان الاكره على الاعتاق اكرها عليه هذا اذا اكره على تعليق العتق بالشرط فاما اذا اكره على تحصيل الشرط الذي علق به العتق عن طوع بأن قال رجل لعبدان ملكتك فانت حر فاكراه على الشراء فاشتراه حتى عتق لا يرجع على المكره بشئ علا ان العتق لم يثبت بالشرط وهو الشراء وانما ثبت بالكلام السابق وهو طائع فيه وكذا اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكراه على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكره لما ذكرنا ثم انما يضمن المكره في جميع ما وصفنا اذا كان الاكره تاما فاما اذا كان ناقصا فلا ضمان لما مر ان الاكره الناقص لا يتطع الاضافة عن المكره بوجهه فلا يوجب الضمان على المكره والله تعالى أعلم هذا الذي ذكرنا اذا اكره على الاعتاق المطلق عينا فاما اذا اكره على أحدهما غير عين بان اكره على ان يعتق عبده أو يطلق امرأته فان لم تكن المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما غرم المكره الأقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة أما اذا فعل أحدهما ضمنا فظاهر لانه ما أتلف عليه الا هذا القدر وكذلك اذا فعل أكثرهما ضمنا لانه أمكنه دفع الضرورة باقل الفعلين ضمنا فاذا فعل أكثرهما ضمنا كان مختاراً في الزيادة لانعدام الاضرار في هذا القدر فلا يكون تلف هذا القدر مضافا الى المكره وان كانت المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما لا شئ على المكره أما اذا طلق فظاهر لان الطلاق بعد الدخول لا يوجب الضمان على المكره لما ذكرنا من قبل وكذلك اذا عتق لانه أمكنه دفع الضرورة بما لا يتعلق فيه ضمان أصلا وهو الطلاق فكان مختاراً في الاعتاق فلا يكون الا تلاف مضافا الى المكره فلا يضمن وكذلك اذا كانت المرأة غير مدخول بها ولكن الاكره ناقص ففعل المكره أحدهما لا ضمان على المكره لما مر ان الاكره الناقص لا يقطع اضافة الفعل الى المكره لان الضرورة لا تتحقق به فكان مختاراً مطلقا فيه فلا يؤخذ به المكره هذا اذا اكره على الاعتاق فاما اذا اكره على التوكيل بالاعتاق فوكل غيره به ففعل الوكيل فالقياس ان لا يصح التوكيل ولا يجوز اعتاق الوكيل لان التوكيل تصرف يحتمل الفسخ فاشبه البيع ولهذا يبطل الهزل كالبيع فلا يصح مع الاكره كالا يصح البيع وفي الاستحسان يجوز لان الاكره لا يمنع صحة الاعتاق فلا يمنع صحة التوكيل بالاعتاق بخلاف البيع فان الاكره يمنع صحة البيع فيمنع صحة التوكيل به وأما قوله انه يحتمل الفسخ والهزل فنعم لكنه تصرف قولي فلا يعمل عليه الا كراه كالا يعمل على الاعتاق والطلاق والنكاح وغيرها بخلاف البيع فانه اسم للمبادلة حقيقة وحقيقة المبادلة بالتعاطي وانما الايجاب والقبول دليل عليه حالة الطوع فيعمل عليه الاكره على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى واذا نفذ اعتاق الوكيل يرجع المكره على المكره بقيمة العبد استحساناً والقياس ان لا يرجع لان الموجود من المكره الا كراه على التوكيل بالاعتاق لا على الاعتاق وانما الاعتاق حصل باختيار الوكيل ورضاه فلا يكون مضافا الى المكره كشهود التوكيل بالاعتاق اذا رجعوا لا يضمنون لانهم شهدوا بالوكالة بالاعتاق كذا ههنا وجه الاستحسان ان الاكره على التوكيل بالاعتاق اكره على الاعتاق لانه اذا وكل بالاعتاق ملك الوكيل اعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل فيعتقه فيتلف ماله فكان الا تلاف مضافا الى المكره فيؤخذ بضمانه ولا ضمان على الوكيل لانه فعل بامر امرأته وان كان الاكره ناقصا فلا ضمان على المكره لما مر غير مرة وأما النكاح فلعوم قوله تبارك وتعالى وانكحوا الايامي منكم وغيره من عمومات النكاح من غير تخصيص ولان النكاح تصرف قولي فلا يؤثر فيه الا كراه كالطلاق والعتاق ثم اذا جاز النكاح مع الاكره فلا يخلو اما ان اكره الزوج أو المرأة فان اكره الزوج

فلا يخلو ما ان يكون المسمى في النكاح مقدار مهر المثل واما ان يكون أقل من مهر المثل واما ان يكون أكثر منه فان كان المسمى قدر مهر المثل أو أقل منه يجب المسمى ولا يرجع به على المكره لانه ما أتلف عليه ماله حيث عوضه بمثله لان منافع البضع جعلت أموالاً متقومة شرعاً عند دخولها في ملك الزوج لكونها سبباً لحصول الأدمى تعظيماً للأدمى وصيانة له عن الابتذال واذا لم يوجد الاتلاف فلا يجب عليه الضمان وان كان المسمى أكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وتبطل الزيادة لان تسمية الزيادة على قدر مهر المثل لم تصح مع الاكراه فبطلت وجعل كأنه لم يفرض الا قدر مهر المثل وهذا لان الاكراه وقع على النكاح وعلى ايجاب المال الا ان الاكراه لا يؤثر في النكاح ويؤثر في ايجاب المال كما يؤثر في الاقرار بالمال فكان ينبغي ان لا تصح تسمية المهر أصلاً الا انها صححت في قدر مهر المثل شرعاً لان الشرع لو أبطل هذا القدر لانبته ثانياً فلم يكن الا بطلان مفيداً فلم يبطل لئلا يخرج الا بطلان مخرج العيب ولا ضرورة في الزيادة فلا تصح تسميتها هذا اذا اكره الزوج على النكاح فاما اذا اكرهت المرأة فان كان المسمى في النكاح قدر مهر المثل أو أكثر منه جاز النكاح ولزم وان كان المسمى أقل من مهر المثل بان اكرهت على النكاح بالف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياءها وهم مكرهون جاز النكاح لما ذكرنا وليس للمرأة على المكره من مهر مثلها شيء لان المكره ما أتلف عليها مالا لان منافع البضع ليست بمتقومة بانفسها وانما تصير متقومة بالعقد والعقد قومها بالقدر المسمى فلم يوجد من المكره اتلاف مال متقوم عليها فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الضمان على الشهود أيضاً لانه لما لم يجب على المكره فلا لا يجب على الشهود أولى ثم ينظر ان كان الزوج كفأ فقال للزوج ان شئت فكل لها مهر مثلها والا فتفرق بينكما فان فعل لزم النكاح وان أبي تكيل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان لان لها في كمال مهر مثلها حقاً لا يغير بنقصان مهر المثل فيلحقها ضرر العار واذا فرق بينهما قبل الدخول بها لاشيء على الزوج لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ولو رضيت بالنقصان صريحاً أو دلالة بان دخل بها عن طوع منها فلها المسمى وبطل حقها في التفريق لكن بقي حق الاولياء فيه عند أبي حنيفة فلم يمانعوا وعندهما ليس للاولياء حق التفريق لنقصان المهر على ما عرف في كتاب النكاح ولو دخل بها على كرهه منها لزمه تكيل مهر المثل لان ذلك دلالة اختيار التكيل وان لم يكن الزوج كفأ فللمرأة خيار التفريق لا نعدام الكفاءة ونقصان مهر المثل أيضاً وكذا الاولياء عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لهم خيار عدم الكفاءة أما لا خيار لهم لنقصان مهر المثل فان سقط أحد الخيارين عنها بقي لها حق التفريق لبقاء الخيار الآخر وان سقط الخياران جميعاً فلا ولياء خيار عدم الكفاءة بالاجماع وفي خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف حتى ان الزوج اذا دخل بها قبل التفريق على كرهه منها حتى لزمه التكيل بطل خيار النقصان وبقي لها عدم خيار الكفاءة ولو رضيت بعدم الكفاءة أيضاً صريحاً أو دلالة بان دخل بها الزوج على طوع منها سقط الخياران جميعاً وبطل حقها في التفريق أصلاً لكن للاولياء الخياران جميعاً وعندهما أحد هما دون الآخر ولو فرق بينهما قبل الدخول بها لاشيء على الزوج لان الفرقة ما جاءت من قبله بل من قبل غيره فلا يلزمه شيء وأما الرجعة فلمعموم قوله تبارك وتعالى وبعولتهن أحق بردهن عما من غير تخصصيص ولان الرجعة لا تخلو من ان تكون بالقول أو بالفعل وهو الوطء واللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة والا كراه لا يعمل على النوعين فلا يمنع جوازها والله سبحانه وتعالى أعلم وأما اليمين والنذر بأن اكره على ان يوجب على نفسه صدقة أو حجاباً أو شيئاً من وجوه القرب والظهار والايلاء والنفقة في الایلاء فلمعمومات النصوص الواردة في هذه الابواب من غير تخصصيص الطبائع قال الله تبارك وتعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقال سبحانه وتعالى وليوفوا نذورهم وقال جل شأنه يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أي بالعهود ولان النذرين وكفارته كفارة اليمين على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سبحانه وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم وقال جل عظمته وكبر ياؤه للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ولان هذه تصرفات قولية وقد مر ان الاكراه

لا يعمل على الاقوال والنفي في الایلاء في حق القادر بالجماع وفي حق العاجز بالقول والا كراه لا يؤثر في النوعين جميعا فكان طائعا في النفي فتلزمه الكفارة ولا تلزمه في هذه التصرفات من الكفارة والقر به المتذوّر بها على المكروه لان الكفارة وجبت على المكروه على سبيل التوسيع وكذا المتذوّر به لان الامر بهما مطلق عن الوقت وهما مما لا يجبر على فعلهما أيضا فلو وجب على المكروه لكان لا يخلو من ان يجب عليه على الوجه الذي وجب على المكروه أو على الوجه الذي وجب عليه ولا سبيل الى الاول لان الايجاب على هذا الوجه لا يفيد المكروه شيئا فلا معنى لرجوعه عليه ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى تغيير المشرع ومن وجهين أحدهما جعل الموسع مضيقا والثاني جعل مالا يجبر على فعله مجبورا على فعله وكل ذلك تغيير ولا يجوز تغيير المشرع ومن وجهه فكيف يجوز من وجهين وكذا في الایلاء اذ لم يقر بها حتى بانت بتطبيقه لا يرجع بما لزمه على المكروه لانه انما لزمه ترك القر بان وهو مختار في تركه لانه يمكنه ان يقر بها في المدة حتى لا تبين فلا يلزمه فاذا لم يقرب كان ترك القر بان حاصلا باختياره فلا يكون مضيا الى المكروه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أكره على كفارة اليمين لم يرجع على المكروه لانها لزمته بفعله ولو أكره على ان يعتق عبده عن ظهاره ينظر ان كانت قيمته قيمة عبد وسط لا يرجع على المكروه بشئ لان ذلك وجب عليه بفعله فلا يرجع به عليه وان كانت قيمته أكثر من ذلك يرجع عليه بالزيادة لانه أئلف ذلك القدر عليه لان الزيادة على عبد وسط لا تجب عليه بالظهار ولا تجز به عن الظهار لانه اعتاق دخله عوض والاعتاق بعوض وان قل لا يجزى عن التكفير وأما العفو عن دم العمد فلعمو مات قوله تبارك وتعالى فمن تصدق به فهو كفارة له وقوله به أي بالقصاص لانه أقرب المذكور والتصدق بالقصاص هو العفو وقوله عز شأنه وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم فقد ندب سبحانه وتعالى الى العفو عاما ولانه تصرف قولي فلا يؤثر فيه الا كراه ولا ضمان على المكروه لانه لم يوجد منه اتلاف المال لان القصاص ليس بمال ولهذا لا يجب الضمان على شهود العفو اذ ارجعوا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما النوع الذي يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والاجارة ونحوها فالأكره يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الاجازة كبيع الفضولي وعند الشافعي رحمه الله يوجب بطلانها أصلا (ووجهه) قولهما ان الرضا شرط البيع شرعا قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والا كراه يسلب الرضا يدل عليه انه لو أجاز المالك يجوز والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالا جازة كسائر البياعات الفاسدة فاشبه بيع الفضولي وهذه شبهة زفر رحمه الله (ولنا) ظواهر نصوص البيع عام مطلقا من غير تخصيص وتقييد ولا نركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقا من أهل البيع في محل وهو مال مملوك البائع فيفيد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة ولا فرق سوى ان الفسد هناك لمكان الجمالة أو الرأب أو غير ذلك وهنا الفساد لعدم الرضا طبعا فكان الرضا طبعيا شرط الصحة لا شرط الحكم وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البياعات الفاسدة الا ان سائر البياعات لا تلحقها الاجازة لان فسادها لحق الشرع من حرمة الرأب ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد وهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فزول باجازه ورضاه واذا فسد البيع والشراء بالا كراه فلا بد من بيان ما يتعلق به من الاحكام في الجملة والجملة فيه ان الامر لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان كان المكروه هو البائع واما ان كان هو المشتري واما ان كانا جميعا مكرهين فان كان المكروه هو البائع فلا يخلو الامر فيه من وجهين اما ان كان مكرها على البيع طائعا في التسليم واما ان كان مكرها على البيع والتسليم جميعا فان كان مكرها على البيع طائعا في التسليم فباع مكرها وسلم طائعا جاز لان البيع في الحقيقة اسم للمبادلة فاذا سلم طائعا فقد أتى بحقيقة البيع باختياره فيجوز بطريق التعاطي فكان ما أتى به من لفظ البيع بالا كراه وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا انه لا يكون التسليم منه طائعا اجازة لذلك البيع بل يكون هذا بيعا مبتدأ بطريق التعاطي والثاني ان التسليم منه اجازة لذلك البيع لانه ليس من شرط صحة البيع صحة التسليم حتى يكون الا كراه على البيع اكرها على ماله صحة له بدونه اذا البيع يصح بدون التسليم فكان طائعا في التسليم فصالح ان يكون دليلا للاجازة بخلاف المكروه

على الهبة والصدقة اذا سلم طائعا انه لا يجوز ولا يكون التسليم اجازة لان القبض شرط لصحتها ألا ترى انهما لا يصحان بدون القبض فكان الاكراه عليهما اكرها على القبض فلم يصح التسليم دليلا على الاجازة فهو الفرق هذا اذا كان مكرها على البيع طائعا في التسليم فاما اذا كان مكرها عليهما جميعا فباع مكرها وسلم مكرها كان البيع فاسدا لأن حقيقة البيع هو المبادلة والاكراه يؤثر فيها بالفساد ويثبت الملك للمشتري لما قلنا حتى لو كان المشتري عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه وعليه قيمة العبد لان بالاعتاق تعذر عليه الفسخ اذا لا اعتاق مما لا يحتمل الفسخ فتقرر الهلاك فتقرر عليه القيمة فكان له ان يرجع بقيمة العبد عليه كالبائع والمكره بالخيار ان شاء رجع على المكره بقيمته ثم المكره يرجع على المشتري وان شاء رجع على المشتري أما حق الرجوع على المكره فلا نه أتلف عليه ماله بازالة يده عنه فاشبه الغاصب فيرجع عليه بضمان ما أتلفه كالغاصب ثم يرجع بما ضمنه على المشتري لانه ملوكه باداء الضمان فنزل منزلة البائع وأما حق الرجوع على المشتري فلا نه في حق البائع منزلة غاصب الغاصب وللمالك ولاية تضمين غاصب الغاصب كذا هذا ولو أعتقه المشتري قبل القبض لا ينفذ اعتاقه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض والاعتاق لا ينفذ في غير الملك فان أجاز البائع البيع بعد الاعتاق نفذ البيع ولم ينفذ الاعتاق وهذه المسئلة من حيث الظاهر تدل على ان الملك يثبت بالاجازة فكانت الاجازة في حكم الانشاء ولكننا نقول ان الملك يثبت بالبيع السابق عند الاجازة بطريق الاستناد والمستند منتصر من وجه ظاهر من وجه فجاز ان لا يظهر في حق المعلق بل يقتصر للبائع خيار الفسخ والاجازة في هذا البيع قبل القبض وبعده لان الملك وان ثبت بعد القبض لكنه غير لازم لاجل الفساد فيثبت له خيار الفسخ والاجازة قبل القبض وبعده دفعا للفساد أما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض لانه لا حكم لهذا البيع قبل القبض وليس له حق الفسخ بعد القبض لانه طائع في الشراء فكان لازما في جانبه لكن انما يملك البائع فسخ هذا العقد اذا كان يحل الفسخ فاما اذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاتفاق والتدبير والاستيلاء لا يملك الفسخ وتلزمه القيمة وان تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والاجارة والكفالة ونحوها يملك الفسخ بخلاف سائر البياعات الفاسدة فان تصرف المشتري بازالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ أي تصرف كان (ووجه) الفرق ان حق الفسخ هناك ثبت لمعنى يرجع الى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك وقد زال ذلك المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري بطل حق الفسخ فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع الى المالك وهو كراهته وفوات رضاه وانه قائم فكان حق الفسخ ثابتا وكذلك لو باعه المشتري الثاني حتى تداولته الايدي له أن يفسخ العقود كلها الماذكرنا وكذا انما يملك الاجازة اذا كان يحل الاجازة فاما اذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفا لا يحتمل الفسخ لا تجوز اجازته حتى لا يجب الثمن على المشتري بل يجب عليه قيمة العبد لان قيام المحل وقت الاجازة شرط لجواز الاجازة لان الحكم يثبت في المحل ثم يستند والهالك لا يحتمل الملك فلا يحتمل الاجازة والمحل بالاعتاق صار في حكم الهالك وتقرر هلا كنه لانه لا يحتمل الفسخ فيتقرر على المشتري قيمته وان تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه يملك الاجازة وان تداولته الايدي واذا أجاز واحد أمن العقود جازت العقود كلها ما بعده هذا العقد وما قبله أيضا بخلاف الغاصب اذا باع المغصوب ثم باعه المشتري هكذا حتى تداولته الايدي وتوقفت العقود كلها فأجاز المالك واحدا منها انما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره ولو لم يحجز المالك شيئا من العقود ولكنه ضمن واحدا منهم يجوز ما بعده دون ما قبله والفرق ان في باب الغصب لم ينفذ شيء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الاجازة فكانت الاجازة شرط النفاذ فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره أما ههنا فالعقود ما توقف نفاذها على الاجازة لوقوعها نافذة قبل الاجازة اذا الفساد لا يمنع النفاذ فكانت الاجازة ازالة الاكراه من الاصل ومتى جاز الاكراه من الاصل جاز العقد الاول فتجوز العقود كلها فهو الفرق وبخلاف ما اذا ضمن المغصوب منه أحدهم لانه ملك المغصوب عند اختيار أخذ الضمان منه من وقت جنائته وهو القبض اما

بطريق الظهور واما بطريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود وههنا بخلافه على ما مر واذ قال البائع أجزت جاز البيع لان المانع من الجواز هو الاكراه والاجازة ازالة الاكراه وكذا اذا قبض الثمن لان قبض الثمن دليل الاجازة كالقبض على اذاباع مال غيره فقبض المالك الثمن ولو لم يعتقه المشتري الاول ولكن أعتقه المشتري قبل الاجازة نفذ اعتاقه لان الملك ثابت له بالشراء وسواء كان قبض العبد أولا لان شراءه صحيح فيفيد الملك بنفسه بخلاف اعتاق المشتري الاول قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض ولو أعتقه المشتري الاخير ثم أجاز البائع العقد الاول لم تجز اجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة وهو بالخيار ان شاء رجع بها على المكره والمكره يرجع على المشتري الاول وان شاء رجع على أحد المشتريين أيهما كان أما الرجوع على المكره فلما ذكرنا في اعتاق المشتري الاول انه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ منه ضمان الاتلاف وللمكره أن يرجع بذلك على المشتري الاول لانه ملك المضمون باداء الضمان فنزل منزلة البائع وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان فكذلكه ويصح كل عقد وجد بعد ذلك وان شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء لان كل واحد منهما في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب فان اختار تضمين المشتري الاول برى المكره وصحت البياعات كلها لانه ملك المشتري الاول باختيار تضمينه فتبين انه باع ملك نفسه فصح فيصح كل بيع وجد بعد ذلك وان اختار تضمين المشتري الآخر صح كل بيع وجد بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله لانه لما اختار تضمينه فقد خصه بملك المضمون فتبين ان كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع فبطل والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره هو البائع فاما اذا كان المكره هو المشتري دون البائع فلذلك واحد منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض وحق الفسخ للمشتري دون البائع لما ذكرنا في اكراه البائع وللمشتري أن يحجز هذا العقد كما للبائع اذا كان مكرها ولو أكره على الشراء والقبض ودفع الثمن والمشتري بعد فاعتقه المشتري فذلك اجازة للبيع لان هذه التصرفات لا تحتل الفسخ بعد وجودها فكان الاقدام عليها التزاما للمالك كالمشتري بشرط الخيار اذا فعل شيئا من ذلك وكذلك لو كان المشتري أمة فوطئها أو قبلها بشهوة فهو اجازة للبيع لانه لو نقض البيع لتبين ان الوطء صادم ملك الغير وذلك حرام والظاهر من حال المسلم التحرز عن الحرام فكان اقدامه عليه التزاما للبيع دلالة ولو لم يقبضه المشتري حتى أعتقه البائع نفذ اعتاقه لانه على ملكه قبل التسليم وان أعتقه المشتري نفذ اعتاقه استحسانا والقياس أن لا ينفذ وجه القياس ظاهر لانه أعتق ما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم (وجه) الاستحسان أن المشتري يملك اجازة هذا البيع فاقدامه على الاعتاق اجازة له تصحيحا لتصرفه وهذا ان تصرف العاقل تجب صيانتة عن الالغاء ما أمكن ولا حجة لتصرفه الا بالملك ولا يثبت الملك قبل القبض الا بالاجازة فيقتضي الاعتاق اجازة هذا العقد سابقا عليه أو مقارنا له تصحيحا له كما في قوله لغيره اعتق عبدك عني على ألف درهم ولهذا نفذ اعتاق المشتري بشرط الخيار كذا هذا اذا أعتقه المشتري وحده ولو أعتقاه جميعا معا قبل القبض فاعتاق البائع أولى لوجهين أحدهما ان ملك البائع ثابت مقصودا وملك المشتري يثبت ضمنا للاجازة الثابتة ضمنا للاعتاق فكان تنفيذ اعتاق البائع أولى والثاني أن ملك البائع ثابت في الحال وملك المشتري يثبت في الثاني فاعتبار الموجود للحال أولى هذا اذا كان المكره هو البائع أو المشتري فاما اذا كانا جميعا مكرهين على البيع والشراء فلذلك واحد منهما خيار الفسخ والاجازة لان البيع فاسد في حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فكان يحل الفسخ والاجازة فان أجازا جميعا جاز وان أجاز أحدهما دون الآخر جاز في جانبه وبقى الخيار في حق صاحبه ولو أعتقه المشتري قبل وجود الاجازة من أحدهما أصلا نفذ اعتاقه وزمه القيمة لان الاعتاق تصرف لا يحتمل النقص فكان اقدامه عليه التزاما للبيع في جانبه ولا تجوز اجازة البائع بعد ذلك لانه خرج من أن يكون محلا للاجازة بالاعتاق لما ذكرنا أن قيام المحل وقت الاجازة شرط صحة الاجازة وقد هلك بالاعتاق ولو لم يعتقه المشتري ولكن أجاز أحدهما البيع ثم أعتقه معا فهذا اعتاق البائع وبطل

اعتاق المشتري لانه لا يخلو اما ان كانت الاجازة من المشتري أو من البائع فان كانت من المشتري نفذ اعتاق البائع لان اجازة المشتري لم تعمل في جانب البائع فبقى البائع على خياره فاذا أعتق نفذ اعتاقه وبطل اعتاق المشتري لانه أبطل خياره بالاجازة وان كانت الاجازة من البائع فتنفذ اعتاقه أولى أيضا لما ذكرنا من الوجهين في اكراه المشتري ولو أجاز البائع البيع ثم أعتق المشتري ثم أعتق البائع بعده نفذ اعتاق المشتري ولزمه الثمن ولا ينفذ اعتاق البائع أما نقوذ اعتاق المشتري فلبقاء الخيار له وأما عدم نقوذ اعتاق البائع فليسقوط خياره بالاجازة (وأما لزوم الثمن المشتري فللزوم البيع في الجانبين جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى أيضا في باب البيع والشراء الا كراه التام والناقص لان كل ذلك يفوت الرضا ويستوى في الا كراه على البائع تسمية المشتري وترك التسمية حتى يفسد البيع في الحالين جميعا لان غرض المكره في الحالين جميعا واحد وهو ازالة ملك البائع وذلك يحصل بالبيع من أى انسان كان ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يوما أو القيد يوما فليس ذلك من الا كراه في شئ لان ذلك لا يغير حال المكره عما كان عليه من قبل هذا اذا ورد الا كراه على البيع والتسليم فأما اذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلم وهو طائع والمبيع عبده فولى العبد بالخيار ان شاء ضمن المكره وان شاء ضمن الوكيل أو المشتري فان ضمن الوكيل رجع على المشتري وان ضمن المشتري لا يرجع على أحد أما ولاية تضمين المكره فلان الا كراه على التوكيل بالبيع اكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل لان التوكيل بالبيع تسبب الى ازالة اليد وانه اتلاف معنى فكان التلف بهذه الوسطة مضافا الى المكره فكان له ولاية تضمين المكره وأما تضمين الوكيل فلانه قبض ماله بغير رضاه وكذلك المشتري وقبض مال الانسان بغير رضاه سبب لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين أيهما شاء فان ضمن الوكيل رجع عن المشتري بقيمة العبد لانه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه كالبائع ولكن لا ينفذ ذلك البيع باداء الضمان لانه ما ملكه باداء الضمان لانه لم يبعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيقف نقاذه على اجازة من وقع له العقد وهو المالك لا على فعل يوجد منه وهو أداء الضمان وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان أنه ينفذ بيعه لان هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك لانه ملكه باداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو أداء الضمان وجاز وقوفه على فعل مالكة أيضا قبل أداء الضمان لان الغاصب انما يملكه باداء الضمان ومن الجائز أن لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب لذلك وقف على اجازة المالك وان اختار تضمين المشتري لا يرجع المشتري على أحد لان القيمة بدل المبيع وقد سلم له المبدل ثم ان كان البائع قبض الثمن من المشتري يسترده منه وان كان لم يقبضه فلا شئ والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان كالا كراهه تاما فان كان ناقصا لا يرجع المكره بالضمان على المكره لان الا كراه الناقص لا يوجب نسبة الاتلاف اليه على ما بينا ولكنه يرجع الى الوكيل أو المشتري لما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما الا كراه على الهبة فيوجب فسادها كالا كراه على البيع حتى انه لو وهب مكرها وسلم مكرها ثبت الملك كفاي البيع الا انهما يفترقان من وجه وهو ان في باب البيع اذا باع مكرها وسلم طائعا يجوز البيع وفي باب الهبة مكرها لا يجوز سواء سلم مكرها أو طائعا وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل أنه لا يصح مع الا كراه لان الشفعة في معنى البيع ألا ترى انه لا يتعلق صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الا كراه فكذلك تسليم الشفعة ومن هذا القبيل الا كراه على البراء عن الحقوق لان البراء فيه معنى التملك ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يصح في المجهول كالبيع ثم البيع يعمل عليه الا كراه فكذلك البراء عن الكفالة بالنفس ابراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذي هو وسيلة المال فكان ملحقا بالبيع الذي هو تملك المال فيعمل عليه الا كراه كما يعمل على البيع والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الا كراه على الانشاء فأما اذا كان على الاقرار فيمنع صحة الاقرار سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود الخبر به سابقا على الاخبار والخبر به هنا يحتمل الوجود والعدم وانما يرجح جنبه الوجود على جنبه العدم

بالصدق وحال الا كراه لا يدل على الصدق لان الانسان لا يتخرج عن الكذب حالة الا كراه فلا يثبت الرجحان ولان الاقرار من باب الشهادة قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على أنفسكم ليس الا الاقرار على أنفسكم والشهادة ترد بالهمة وهو متهم حالة الا كراه ولو اكره على الاقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل أولى لان الحدود والقصاص تسقط بالشبهات فاما المال فلا يسقط بالشبهة فلما لم يصح هناك فلا ن لا يصح ههنا أولى ولو اكره على الاقرار بذلك ثم خلى سبيله قبل أن يقر به ثم أخذه فأقر به من غير تجديد الا كراه فهذا على وجهين اما ان توارى عن بصر المكروه حين ما خلى سبيله واما ان لم يتوار عن بصره حتى بعث من أخذه وردده اليه فان كان قد توارى عن بصره ثم أخذه فأقر اقرارا مستقبلا جازاقراره لانه لما خلى سبيله حتى توارى عن بصره فقد زال الا كراه عنه فاذا أقر به من غيرا كراه تجديد فقد أقر طائعا فصحيح وان لم يتوار عن بصره بعد حتى رده اليه فأقر به من غير تجديد الا كراه لم يصح اقراره لانه اذا لم يتوار عن بصره فهو على الا كراه الاول ولو اكره على الاقرار بالقصاص فأقر به فقتله حين ما أقر به من غير بينة فان كان المقر معر و فبالذعارة يد راعنه القصاص استحسانا وان لم يكن معر و فبايجب القصاص والقياس ان لا يجيب القصاص كيف ما كان وجه التماس ان الاقرار عنه الا كراه لم يصح شرعا صار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصار كما لو قتله ابتداء وجه الاستحسان ان الاقرار ان كان لا يصح مع الا كراه لكن لهذا الاقرار شبهة الصحة اذا كان المقر معر و فبالذعارة لوجود دليل الصدق في الجملة وذا يورث شبهة في وجوب القصاص فبدل الشبهة واذا لم يكن معر و فبالذعارة فقراره لا يورث شبهة في الوجوب فيجب ومثال هذا اذا دخل رجل على رجل في منزلة فخاف صاحب المنزل انه ذاعر دخل عليه ليقتله ويأخذ ماله فبادره وقتله فان كان الداخل معر و فبالذعارة لا يجيب القصاص على صاحب المنزل وان لم يكن معر و فبالذعارة يجيب القصاص عليه كذا هذا واذا لم يجيب القصاص يجب الارش لان سقوط القصاص للشبهة وانها لا تمنع وجوب المال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه لا يجب الارش أيضا اذا كان معر و فبالذعارة

(فصل) وأما بيان حكم ما عدل المكروه الى غير ما وقع عليه الا كراه أو زاد على ما وقع عليه الا كراه أو نقص عنه فنقول وبالله التوفيق العدول عما وقع عليه الا كراه الى غير ما يقع من وجهين اما ان يكون بالعقد في الاعتقادات أو بالفعل في المعاملات أما حكم العدول عما وقع عليه الا كراه بالعقد في الاعتقادات فقد ذكرنا هاهنا تقدم (وأما) العدول الى غير ما وقع عليه الا كراه بالفعل في المعاملات فنقول اذا عدل المكروه الى غير ما وقع عليه الا كراه بالفعل جاز ما فعل لانه طائع فيما عدل اليه حتى لو اكره على بيع جاريته فهو بها جاز لانه عدل عما اكره عليه لتغير البيع والهبة وكذلك لو طولب بمال وذلك المال أصله باطل وأكره على ادائه ولم يذ كر له بيع الجارية فباع جاريته ببيع جاز لانه في بيع الجارية طائع ولو اكره على الاقرار بألف درهم فآقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما اكره عليه جاز لانه طائع فيما أقر به وهذا بخلاف ما اذا اكره على أن يبيع عبده من فلان بألف درهم فباعه منه بمائة دينار ان البيع فاسد استحسانا جائز قياسا فقد اعتبر الدراهم والدنانير جنسين مختلفين في الاقرار قياسا واستحسانا واعتبرها جنسا واحدا في الانشاء استحسانا لانها جنسان مختلفان حقيقة لانها جعلتا جنسا في موضع الانشاء بل مخالفة الحقيقة لمعنى هو منعدم في الاقرار وهو ان القائل بالا كراه هو الرضا طبعيا والا كراه على البيع بألف درهم كما يعدم الرضا بالبيع بألف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار قيمته الف لا اتحاد المقصود منها وهو التمنية فكان انعدام الرضا بالبيع باحدهما دليل على انعدام الرضا بالبيع بالاخر فكان الا كراه على البيع باحدهما كراه على البيع بالاخر بخلاف ما اذا اكره على البيع بألف فباعه بمكيل أو موزون آخر سوى الدراهم والدنانير لان هناك المقصود مختلف فلم يكن كراهة البيع باحدهما كراهة البيع بالاخر وهذا المعنى لا يوجد في الاقرار لان بطلان اقرار المكروه لا نعدم رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اختياره بدلالة الا كراه فيختص بمورد الا كراه وهو الدراهم فكان

صادق في الاقرار بالدين لا نعدم المانع من الرجحان فيه فهو الفرق (وأما) اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه بان
أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بالفين جازاقراره بالف وبطل بالف لانه في الاقرار بالالف الزائد طائع فصح
ولو أكره على الاقرار لفلان فأقر له ولغيره فان صدقه الغير في الشركة لم يحجز أصلا بالاجماع وان كذبه فكذلك عند أبي
حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجوز في نصيب الغير خاصة وجهه قول محمد أن المانع من الصحة عند التصديق هو
الشركة في مال لم يصح الاقرار بنصفه شائعا فاذا كذبه لم يثبت الشركة فيصح اقراره للغير اذ هو فيما أقر له به طائع وجه
قولهما أن الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود الخبر به سابقا على الاخبار والخبر به ألف مشتركة فلو صح
اقراره للغير المقر له بالا كراه لم يكن الخبر به على وصف الشركة فلم يصح اخباره عن المشترك فلم يصح اقراره وهذه أربعة
اختلافهم في المريض مرض الموت اذا أقر لوارثه ولا جنبي بالدين انه لا يصح اقراره أصلا بالاجماع ان صدقه
الاجنبي بالشركة وان كذبه فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو أكره على هبة عبده لعبده الله فهو هبة لعبده الله وزيد
فسدت الهبة في حصة عبده الله وصحت في حصة زيد لانه مكره في حصة عبده الله لورود الاكراه على كل العبد والا كراه
على كل الشئ اكره على بعضه فلم تصح الهبة في حصته طائع في حصة زيد وأنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة
فصحت في حصته ولو كان مكان العبد الف فالهبة في الكل فاسدة بالاجماع بين أصحابنا أما على أصل أبي حنيفة
رضي الله عنه فظاهر لان هبة الطائع من اثنين لا تصح عنده فهبة المكره أولى (وأما) على أصلهما فلانه لما وهب
الالف منهما والهبة من أحدهما لا تصح بحكم الاكراه كان واهبا نصف الف من الآخر وهذه هبة المشاع فيما
يحتمل القسمة وانه لا يصح بلا خلاف بين أصحابنا بخلاف حالة الطوعية والله تعالى أعلم هذا اذا زاد على ما وقع
عليه الاكراه فاما اذا نقص عنه بأن أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بخمسة فاقاره باطل لان الاكراه على الف
اكراه على خمسة لانه بعض الف والا كراه على كل شئ ما كراه على بعضه فكان مكرها بالاقرار بخمسة فلم
يصح ولو أكره على بيع جاريته بألف درهم فباعها بالفين جاز البيع بالاجماع ولو باعها بأقل من ألف فالبيع فاسد
استحسانا ناجزا قياسي وجه القياس أن المكره عليه هو البيع بالف فاذا باع بأقل منه فقد عقد عقدا آخر اذ البيع بالف
غير البيع بخمسة فكان طائفا فيه فجاز وجه الاستحسان أن غرض المكره هو الاضرار بالبائع بازالة ملكه وان قل
التمن فكان الاكراه على البيع بالف اكراه على البيع بأقل منه فبطل بخلاف ما اذا باعه بالفين لان حال المكره دليل
على أنه لا يأمره بالبيع بأوفر الثمن فكان طائفا في البيع بالفين فجاز والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب المأذون

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الاذن بالتجارة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به الاذن
بالتجارة وفي بيان ما يملك المأذون من التصرف وما لا يملك وفي بيان ما يملك المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما
لا يملك حكم تصرفه وفي بيان حكم الثروة في العبد المأذون وفي بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون وفي بيان ما يبطل
به الاذن ويصير محجورا وفي بيان حكم تصرف المحجور (أما) الاول فنقول والله التوفيق ركن الاذن بالتجارة نوعان
صریح ودلالة الصريح نوعان خاص وعام وكل واحد منهما أنواع ثلاثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى وقت (أما)
الخاص المنجز فهو أن يأذن له في شئ بعينه مما لا يؤذن في مثله للتجارة عادة بان يقول له اشتر لي بدرهم لحما أو اشتر لي طعاما
رزقالي أولا هلي أولك أو اشتر لي ثوبا أولا هلي أولا هلك أو اشتر ثوبا باقطعه قميصا ونحو ذلك مما لا يقصد به التجارة عادة
ويصير مأذونا فيما تناوله الاذن خاصة استحسانا والقياس أن يصير مأذونا بالتجارات كلها لان الاذن بالتجارة مما
لا يحجز فمكان الاذن في تجارة اذنا في الكل وجه الاستحسان أن الاذن على هذا الوجه لا يوجد الا على وجه
الاستخدام عرفا وعادة فيحمل على المتعارف وهو الاستخدام دون الاذن بالتجارة مع ما انه لو جعل الاذن بمثله اذنا

بالتجارات كلها الصار المأذون بشراء البقل مأذوناً في التجارة وفيه سد باب استخدام المالك وبالناس حاجة اليه
فاقتصر على مورد الضرورة (وأما) العام المنجز فهو أن يقول أذنت لك في التجارات أو في التجارة ويصير مأذوناً
في الأنواع كلها بالاجماع (وأما) إذا أذن له في نوع بان قال اتجر في البر أو في الطعام أو في الدقيق يصير مأذوناً في التجارات
كلها عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذوناً إلا في النوع الذي تناوله ظاهر الاذن وكذلك إذا قال له
اتجر في البر ولا تتجر في الخبز لا يصح نهيته وتصرفه ويصير مأذوناً في التجارات كلها وعلى هذا إذا أذن له في ضرب
من الصنائع بان قال له أقعد قصاراً أو صباغاً يصير مأذوناً في التجارات والصنائع كلها حتى كان له أن يقعد صيرفياً وصائغاً
وكذلك إذا أذن له أن يتجر شهراً أو سنة يصير مأذوناً أبداً ما لم يحجر عليه وجه قوله ما ان العبد متصرف عن اذن فلا
يتعدى تصرفه مورد الاذن كالوكيل والمضارب ولهذا ثبت حكم تصرفه لمولاه (ولنا) أن تقييد الاذن بالنوع غير
مفيد فياغو استدلالاً بالمكاتب وهذا لان ائدة الاذن بالتجارة تمكن العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة
وهو الربح وهذا في النوعين على نمط واحد وكذا الضرر الذي يلزمه في العقد عسى لا يتفاوت فكان الرضا بالضرر
في أحد النوعين رضاه في النوع الآخر فلم يكن التقييد بالنوع مفيداً فياغو ويبقى الاذن بالتجارة عاماً فيتناول
الأنواع كلها مع ما أنه وجد الاذن في النوع الآخر دلالة لان الغرض من الاذن هو حصول الربح والنوعان في احتمال
الربح على السواء فكان الاذن باحدهما اذن بالآخر دلالة ولهذا يملك قبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى صريحاً
لوجوده دلالة كذا ههنا (وأما) الخاص المعلق بشرط فهو ان يقول ان قدم فلان فاشترى بدرهم لحما ونحو ذلك
والمضاف الى وقت أن يقول اشترى بدرهم لحماً غداً أو رأس شهر كذا (وأما) العام المعلق بشرط فهو أن يقول ان قدم
فلان فقد أذنت لك بالتجارة والمضاف الى وقت أن يقول أذنت لك بالتجارة غداً أو رأس شهر كذا وكل واحد من
النوعين يصح معلقاً ومضافاً كما يصح مطلقاً بخلاف الحجر انه لا يصح تعليقه بشرط ولا اضافة الى وقت بان يقول
للمأذون ان قدم فلان فانت محجور أو فقد حجرت عليك غداً أو رأس شهر كذا ووجه الفرق أن الاذن تصرف
استقاط لان الحجر العبد ثبت حق المولاه وبالاذن أسقطه والاستقاطات تحتمل التعليق والاضافة كالطلاق
والعتاق ونحوهما فاما الحجر فاثبات الحق واعادته والاثبات لا يحتمل التعليق والاضافة كالرجعة ونحوها ولهذا
قال أصحابنا ان الاذن لا يحتمل التوقيت حتى لو أذن لعبد بالتجارة شهراً أو سنة يصير مأذوناً أبداً ما لم يوجد المبط
للاذن كالحجر وغيره الا أن يؤقت الاذن الى وقت اضافة الحجر اليه لان معناه اذا مضى شهر أو سنة فقد حجرت
عليك أو حجرت عليك رأس شهر كذا والحجر لا يحتمل الاضافة الى الوقت فلغت الاضافة وبقي الاذن بالتجارة
مطلقاً الى أن يوجد المبط (وأما) الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه ويصير مأذوناً
في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذوناً وعند زفر والشافعي رحمهما الله
لا يصير مأذوناً وجه قوله ما أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الاذن مع الاحتمال ولهذا لم
ينفذ تصرفه الذي صادفه السكوت (ولنا) أنه يرجح جانب الرضا على جانب السخط لانه لو لم يكن راضياً لنهاه اذ
النهي عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالاً مرجوحاً فكان ساقط الاعتبار شرعاً (وأما) التصرف
الذي صادفه السكوت فان كان شراءً نفذ وان كان بيعاً قانماً لم ينفذ لانعدام المقصود من الاذن بالتجارة على ما ذكره
ان شاء الله تعالى وسواء رآه يبيع بيعاً صحيحاً أو بيعاً فاسداً اذا سكوت ولم ينهيه يصير مأذوناً لان وجهه دلالة السكوت
على الاذن لا يختلف وكذلك لو رآه المولى يبيع مال أجنبي فسكت يصير مأذوناً وان لم يحجز البيع لما قلنا وكذلك
لو باع مال مولاه والمولى حاضر فسكت لم يحجز ذلك البيع ويصير مأذوناً في التجارة لان غرض المولى من الاذن بالتجارة
حصول المنفعة دون المضرة وذلك باكتساب ما لم يكن لا بازالة الملك عن مال كائن ولا ينجر هذا الضرر بالثمن لان
الناس رغائب في الاعيان ما ليس في ابدانها حتى لو كان شراءً ينفذ لانه نفع محض ثم لا حكم للسكوت الا في مواضع

منها سكوت المولى عند تصرف العبد بالبيع والشراء وقد ذكرناه (ومنها) سكوت البالغة البكر عند استئجار المولى أنه يكون اذنا وقت العقد وبعده يكون اجازة (ومنها) سكوت الشفيع اذا علم بالشراء انه يكون تسليماً للشفعة (ومنها) سكوت الواهب أو المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدق عليه بحضرته أن يكون اذنا بالقبض (ومنها) سكوت المجهول النسب اذا باعه انسان بحضرته وقال له قم فاذهب مع مولاي فقام وسكت انه يكون اقراراً منه بالرق حتى لا تسمع دعواه الحرية بعد ذلك (وأما) سكوت البائع ببيعاً صحيحاً بشمن حال عند قبض المشتري بحضرته هل يكون اذنا بالقبض ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يكون اذنا بالقبض وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يكون اذنا كفاً في البيع الفاسد ودلائل هذه المسائل نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى وعلى هذا اذا قال لعبد أد الى كل يوم كذا أو كل شهر كذا يصير ما ذونا لأنه لا يتمكن من اداء الغلة إلا بالكسب فكان الاذن باداء الغلة اذنا بالتجارة وكذلك لو قال لعبد أد الى الفان أنت حر أو قال ان اديت الى الفان أنت حر يصير ما ذونا لأن غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط ولا يتمكن من تحصيله إلا بالتصرف فكان التعليق دليلاً على الاذن وكذلك اذا قال له ادلى الفان أنت حر فهذا والاول سواء لأنه يستعمل في التعليق عرفاً وعادة ولو قال له أد وأنت حر لا يصير ما ذونا ويعتق للمحال لأن هذا تنجيز وليس بتعليق وعلى هذا اذا كاتب عبده يصير ما ذونا لأنه لما كاتبه فقد جعله أحق بكسبه ولا يكون ذلك إلا بالتجارة والله تعالى أعلم

فصل وأما شرائط الركن فانواع منها ان يكون الاذن لمن يعقل التجارة لأن الاذن بالتجارة لمن لا يعقل سفه فاما البلوغ فليس بشرط لصحة الاذن فيصح الاذن للعبد بالغاً كان أو صبياً بعد ان كان يعقل البيع والشراء لما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يحيب دعوة المملوك من غير فصل فدل الحديث على جواز الاذن بالتجارة لأنه عليه الصلاة والسلام ما كان ليحيب دعوة المحجور ويأكل من كسبه فتعين المأذون وكذا الاذن للامة والمديرة وأم الولد بعد ان عقلوا التجارة لأن اسم المملوك يتناول الكل وكذا يجوز الاذن للصبي الحر بالتجارة اذا كان يعقل التجارة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاذن للصبي بالتجارة بحال حراً كان أو عبداً وكذا سلامة العقل عن الفساد أصلاً ليس بشرط لصحة الاذن عندنا حتى يجوز الاذن للمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالتجارة وعند شرط (وجه) قوله ان الصبي ليس من أهل التجارة فلا يصح الاذن له بالتجارة وهذا لأن أهلية التجارة بالعقد الكامل لانها تصرف دائرة بين الضرر والنفع فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبي ناقص فلا يكفي لأهلية التجارة ولهذا لم يعتبر عتقه في الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا همنا (ولنا) قوله تبارك وتعالى وابتلوا اليتامى أمر سبحانه وتعالى الأولياء بابتلاء اليتامى والابتلاء هو الاظهار فابتلاء اليتيم اظهار عقله بدفع شيء من أمواله اليه لينظر المولى انه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة فكاراً الأمر بالابتلاء اذنا بالتجارة ولأن الصبي اذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة ظاهر أفكان أهلاً للتجارة كالبالغ بخلاف الهبة والصدقة والطلاق ونحوها لانها من التصرفات الضارة المحضة لكونها ازالة ملك لا الى عوض فلم يجعل الصبي أهلاً لها نظر أدفعاً للضرر عنه ومنها العلم بالاذن بالتجارة في أحد نوعي الاذن بخلاف وبيان ذلك ان الاذن بالاضافة الى الناس ضربان اذن اسرار واذن اعلان وهو المسمى بالخاص والعام في الكتاب فالخاص ان يقول أذنت لعبدي في التجارة لا على وجه ينادي أهل السوق فيقول بايعوا عبدي فلا تأفاني قد أذنت له في التجارة ولا خلاف في ان العلم بالاذن شرط لصحة الاذن في هذا النوع لأن الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أي اعلام والفعل لا يعرف اعلاماً إلا بعد تعلقه بالمعلم ولأن اذن العبد يعتبر باذن الشرع ثم حكم الاذن من الشرع لا يثبت في حق المأذون إلا بعد علمه به فعلى ذلك اذن العبد ولهذا كان العلم بالوكالة شرطاً لصحتها على ما ذكرنا في كتاب الوكالة كذا هذا حتى لم يصح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة وأما في الاذن العام فقد ذكرنا في كتاب المأذون انه يصير ما ذونا وان لم يعلم به العبد وذكر في الزيادات فيمن قال لا هل السوق بايعوا ابني فلا تأفاني ببيعوه والصبي لا يعلم

بالاذن انه لا يصير مأذونا ما لم يعلم باذن الاب منهم من أثبت اختلاف الروايتين في جواز الاذن القائم من غير علم العبد ومنهم من لم يثبت الاختلاف وفرق بين العبد والصبي فجعل العلم شرطاً في الصبي دون العبد (ووجهه) الفرق ان انحجار العبد لحق مولاه فاذا اذن انك بما يعتنه فقد أسقط حق نفسه فانك انحجر فصار مأذوناً بخلاف الصبي لان انحجاره عن التصرف لحق نفسه لا لحق أبيه ألا ترى ان العهدة نازمه دون أبيه فشرط علمه بالاذن الذي هو ازالة انحجر ليكون لزوم العهدة في التجارة مضاعفاً اليه ويحتمل ان يفرق بينهما من وجه آخر وهو ان الاذن على سبيل الاستفاضة سبب لحصول العلم لهما جميعاً الا ان السبب لا يقام مقام المسبب الا للضرورة والضرورة في حق العبد دون الصبي لان الناس يحتاجون الى مبايعة العبد المأذون لان الاذن للعبد بالتجارة من عادات التجار واذا وجد الاذن على الاستفاضة وانه سبب لحصول العلم غالباً فالناس يعاملونه بناء على هذه الدلالة ثم يظهر انه ليس بمأذون لانعدام العلم حقيقة فتتعلق ديونهم بذمة المقلس وتتأخر الى ما بعد العتق فيؤدي الى الضرر بهم بخلاف الصبيان لان اذن الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار والناس أيضاً يعاملون الصبيان عادة ولو توقف الاذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة فنقول ما يظهر به الاذن بالتجارة نوعان أحدهما من جهة المولى والثاني من جهة العبد أما الذي من جهة المولى فهو تشهير الاذن واشاعته بان ينادي أهل السوق اني قد أذنت لعبدي فلاناً بالتجارة فيما يعود وهو المسمى بالاذن العام وأما الذي من جهة العبد فهو اخباره عن كونه مأذوناً بالتجارة بان لم يكن الاذن من المولى عاماً أو قدم مصر لم يشتهر فيه اذن المولى فقال ان مولاي أذن لي في التجارة والاذن بالتجارة يظهر بكل واحد من النوعين أما الاول فلا شك فيه لحصول العلم للسامعين بحس السمع من الاذن ولغير السامعين بالنقل بطريق التواتر وأما الثاني فلان خبر الواحد مقبول في المعاملات ولا يشترط فيه العدد ولا العدالة ألا ترى انه لو جاء عبد أو أمة الى انسان فقال هذه هدية بعثني بها مولاي اليك جازله القبول كذا هذا وهذا لان هذه المعاملات في العادات يتعاطاها العبيد والخدم والفسق فيهم غالب فلو لم يتقبل خبرهم فيها لوقع الناس في الحرج واذا قبل خبره ظهر الاذن فيسمع الناس ان يعاملوه غير انهم ان بنوا معاملاتهم على الاذن العام فعاملوه فالحق دين يباع فيه كسبه ورقبته بدين التجارة وان عاملوه بناء على اخباره فالحق دين يباع كسبه بالدين ولا تباع رقبته مالم يحضر المولى فيقر باذنه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف ومالا يملكه فنقول والله تعالى التوفيق كل ما كان من باب التجارة أو توابعها أو ضرورتها يملكه المأذون ومالا فلا لان كل ذلك داخل في الاذن بالتجارة فيملك الشراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض لان كل ذلك من التجارة ومن عادة التجار وكذلك يملك البيع والشراء بغير يسير بالاجماع لانه من التجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى يملكه الاب والوصي وكذا بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يملك (وجهه) قولهما أن البيع بغير فاحش في معنى التبرع ألا يرى أنه لو فعله المرء يرضى يعتبر من الثلث كما في سائر التبرعات والمأذون لا يملك التبرع (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا بيع وشراء على الاطلاق لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقاً فكان تجارة مطلقة فدخلت تحت الاذن بالتجارة ثم فرق أبو حنيفة رحمه الله بين المأذون وبين الوكيل حيث سوى بين البيع والشراء في المأذون وفرق بينهما في الوكيل حيث قال ان المأذون يملك البيع والشراء بالغبن الفاحش والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش بالاجماع (ووجهه) الفرق له أن امتناع جواز الشراء بالغبن الفاحش في باب الوكالة لكان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه فلما ظهر الغبن أظهر الشراء لموكله فلم يحجز للتهمة حتى ان الوكيل لو كان وكل بشيء بعينه ينفذ على الموكل لانعدام التهمة لانه لا يملك الشراء لنفسه ومعنى التهمة لا يتقدر في المأذون لانه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء وهما يملك المأذون ان

يبيع شيئاً من مولاة فان لم يكن عليه دين لا يتصور البيع من المولى لاستحالة بيع مال الانسان منه وان كان عليه دين
 فان باعه بمثل قيمته أو أكثر جاز وان باعه بأقل من قيمته لم يحز عند أبي حنيفة أصلاً وعندهما لا يجوز بقدر الحاجة
 وكذلك لو باع المولى شيئاً منه فان لم يكن عليه دين لم يكن بيعاً لما قلنا وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو بأقل من
 قيمته جاز وان باعه بأكثر من قيمته لم يحز البيع عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وتبطل الزيادة وعلى هذا اذا اشترى
 المولى داراً بجنب دار العبدان لم يكن على العبددين فالشفعة له لانه اذا لم يكن عليه دين فالدار الذي في يد العبد خالص ملك
 المولى فلو أخذها بالشفعة لأخذها هو فكيف يأخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وان كان على العبددين فله ان يأخذها
 بالشفعة ولو اشترى العبد داراً بجنب دار المولى فان لم يكن على العبددين فلا حاجة للمولى الى الاخذ بالشفعة لانها
 خالص ملكه وان كان عليه دين فله ان يأخذها بالشفعة وكذلك الصبي المأذون في الشراء والبيع بالنقد والنسيئة
 والعروض والغبن اليسير والبيع بالغبن الفاحش بمنزلة العبد المأذون على الاتفاق والاختلاف وهذا اذا باع من
 أجنبي أو اشترى منه فان باع من أي شيء أو اشترى منه فان باع بمثل القيمة أو أكثر واشترى بمثل القيمة أو أقل جاز
 ولو كان فيه غبن فان كان مما يتغابن الناس فيه جاز لان الاحتراز عنه غير ممكن وان كان مما لا يتغابن الناس فيه لم يحز
 لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل أبيه كانه نائبه في التصرف فصارت له لو اشترى الاب شيئاً من مال ابنه بنفسه لنفسه
 أو اشترى شيئاً من ماله بنفسه لابنه الصغير كان الجواب فيه هكذا كذا هذا ولو باع من وصيه أو اشترى منه فان لم
 يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوز بالاجماع وان كان فيهما نفع ظاهر فان كان بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله
 فكذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز وللمأذون أن يسلم فيما يجوز فيه السلم ويقبل السلم فيه لان السلم من قبل
 المسلم اليه بيع الدين بالعين ومن قبل رب السلم شراء الدين بالعين وكل ذلك تجارة وله ان يوكل غيره بالبيع والشراء لان
 ذلك من عادات التجار أو التاجر لا يمكنه ان يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكله فيه من أعمال التجارة وكذلك ان
 يتوكل عن غيره بالبيع بالاجماع وتكون العهدة عليه ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر ان وكله ان يشتري أشياء بالنقد
 جاز استحساناً يدفع اليه الثمن أو يدفع وتكون العهدة عليه والقياس ان لا تجوز هذه الوكالة (ووجهه) انها لو جازت
 للزمه العهدة وهي تسليم الثمن فيصير في معنى الكفيل بالثمن ولا تجوز كفالته فلا تجوز وكالته (وجهه) الاستحسان
 ان التوكيل بالشراء بالنقد في معنى التوكيل بالبيع ألا ترى انه لا يجب عليه تسليم المبيع فكان هذا في معنى البيع لا في
 معنى الكفالة ولو توكل عن غيره بشيء نسيئة فاشترى لم يحز حتى كان الشراء للعبد دون الآخر لان الثمن اذا كان
 نسيئة لا يملك حبس المشتري الاستيفاء بل يلزمه التسليم الى الموكل فكانت وكالته في هذه الصورة التزام الثمن فكانت
 كفالة معنى فلا يملكها المأذون وله ان يستأجر انساناً يعمل معه أو مكاناً يحفظ فيه أمواله أو دواً يحمل عليها أمتعته
 لان استئجار هذه الأشياء من توابع التجارة وكذا له ان يؤجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا ولان الاجارة من
 التجارة حتى كان الاذن بالاجارة اذناً بالتجارة وله ان يرهن ويرهن ويعير وبودع ويقبل الوديعة لان ذلك كله من
 عادات التجار ويحتاج اليه التاجر أيضاً وله ان يدفع المال مضاربة ويأخذ من غير مضاربة لما قلنا ولان الاخذ
 والدفع من باب الاجارة والاستئجار والمأذون يملك ذلك كله وله ان يشارك غيره شركة عنان لانها من صنيع
 التجار ويحتاج اليه التاجر وليس له ان يشارك شركة مفوضة لان المفوضة تتضمن الكفالة له ولا يملك الكفالة
 فلا يملك المفوضة فاذا فاض تنقلب شركة عنان لان هذا حكم فساد المفوضة ولو اشترك عبدان مأذونان شركة
 عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة جاز ما اشترى بالنقد وما اشترى بالنسيئة فهو له خاصة لان الشركة تتضمن الوكالة
 وقد ذكرنا انه يجوز ان يتوكل المأذون عن غيره بالشراء نقداً ولا يجوز ان يتوكل لغيره بالشراء نسيئة ويملك الاقرار
 بالدين لان هذا من ضرورات التجارة اذ لو لم يملك لا تمتنع الناس عن مبايعته خوفاً من تواء أموالهم بالا نكار عند تعذر
 اقامة البينة فكان اقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح ويملك الاقرار بالعين لان العادة قد جرت بشراء

كثير من الاشياء بظن وفيها فلو علم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لا متنوعا عن تسليم الا عيان اليه فلا يلتم أمر التجارة ولا يملك الاقرار بالجناية لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا ينأوله الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق أيضاً لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقرارا على نفسه فلم يصح أصلاً الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على الغرماء وهل يصح اقراره بافتضا ضأمة باصبعه غصباً قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لا يصح وقال أبو يوسف رحمه الله يصح سواء كان عليه دين أو لا ويضرب مولى الامة مع الغرماء في ثمن العبد وهذا الخلاف مبني على ان هذا الاقرار بالجناية أم بالمال فعندهما هذا اقرار بالجناية فلا يصح من غير تصديق المولى وعنده هذا اقرار بالمال فيصح من غير تصديقه وعلى هذا اذا أقر بمهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة فان لم يصدق المولى لم يصح اقراره حتى لا يؤخذ به للمحال لان المهر يجب بالنكاح وانه ليس بتجارة ولا هو في معنى التجارة فيستوى فيه اقرار المأذون والمحجور وان صدقه المولى جاز ذلك عليه ولم يحجز على الغرماء لان تصديقه يعتبر في حق نفسه لا في ابطال حق الغير فيباع في دين الغرماء فان فضل شيء منه يصرف الى دين المرأة والا فیتأخر الى ما بعد العتق ويملك الاقرار بالحدود والقصاص لان المحجور يملك فالماذون أولى واذا أقر به فلا يشترط حضرة المولى للاستيفاء بخلاف وهل يشترط حضور المولى عند قيام البينة عليها فيه خلاف نذكره في موضعه وهل يملك تأخير دين له وجب على انسان فان وجب له وحده يملك بالاجماع لان التأخير يحتاج اليه وكذا هو من عادة التجار وان وجب له ولرجل آخر دين على انسان فاخر المأذون نصيب نفسه فالتأخير باطل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما جائز (وجه) قولهما ان التأخير منه تصرف في ملك نفسه فيصح كما لو كان كل الدين له فاخره (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان التأخير لو صح لا يخلو اما ان يصح في نصيب شريكه واما أن يصح في نصيب نفسه لا سبيل الى الاول لانعدام الملك والولاية وتصرف الانسان لا يصح في غير ملك ولا ولاية ولا سبيل الى الثاني لانه قسمة الدين قبل القبض ألا ترى ان شريكه لو قبض شيئاً من نصيبه قبل حلول الاجل يختص بالمقبوض ولا يشارك فيه ومعنى القسمة هو الاختصاص بالمقبوض وقد وجد ثبت ان هذا قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة لان الدين اسم لتعلل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكى في الذمة وكل ذلك عدم حقيقة الا انه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لان كل أحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الاعيان القائمة فيحتاج الى الاستقرار والشراء بدين فاعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة ولا حاجة الى قسمته فبقى في حق القسمة على أصل العدم والعدم لا يحتمل القسمة واذا لم يصح التأخير عند أبي حنيفة رحمه الله فلو أخذ شريكه من الدين كان المأخوذ بينهما على الشركة كما قبل التأخير وعندهما كان المأخوذ له خاصة ولا يشاركه حتى يحل الاجل لانه بالتأخير أسقط حق نفسه والمطالبة فاذا حل الاجل فهو بالخيار ان شاء يشاركه في المقبوض وان شاء أخذ حقه من الغريم لان الدين حل بحلول الاجل ولو كان الدين في الأصل منهما جميعاً مؤجلاً فاخذ أحدهما شيئاً قبل حل الاجل شارك فيه صاحبه لانه لما أخذ شيئاً قبل حل الاجل فقد سقط الاجل عن قدر المقبوض وصار حالاً فصار المقبوض من النصيبين جميعاً فيشارك فيه صاحبه كما في الدين الحال ولو كان الدين كله بينهما مؤجلاً الى سنة فاخره العبد سنة أخرى لم يحجز التأخير عند أبي حنيفة وعندهما يجوز حتى لو أخذ شريكه من الغريم شيئاً في السنة الاولى شارك فيه عنده وعندهما لا يشاركه حتى يحل دينه فاذا حل فله الخيار على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يملك البراءة عن الدين بالاجماع لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وهل يملك الخط فان كان الخط من غير عيب لا يملكه أيضاً قلنا وان كان الخط من عيب بان باع شيئاً ثم حط من ثمنه ينظر ان حط بالمعروف بان حط مثل ما يحطه التجار عادة جاز لان مثل هذا الخط من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بان كان فاحشاً جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز وقد ذكرنا أصل المسئلة فيما قبل وهل يملك الصلح بان وجب له على انسان دين فصالحه على بعض

حقه فان كان له عليه بينة لا يملكه لانه حط بعض الدين والخط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وان لم يكن له عليه بينة جاز لانه اذا لم يكن له عليه بينة فلاحق له الا الخصومة والحلف والمال خير من ذلك فكان في هذا الصلح منفعة فيصح وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفاء كله من عادات التجار فكان داخلا تحت الاذن بالتجارة ويملك الاذن بالتجارة بان يشتري عبداً فآذن له بالتجارة لان الاذن بالتجارة من عادات التجار بخلاف الكتابة أنه لا يملكها المأذون لان الكتابة ليست من التجارة بل هي اعتاق معلق بشرط اداء بدل الكتابة فلا يملكها ويملك الاستقراض لانه تجارة حقيقة وفيه منفعة وهو من عادات التجار وليس للمأذون ان يقرض لان الفرض تبرع للحال ولهذا لم يلزم فيه الاجل ولا يكفل بمال ولا بنفس لان الكفالة تبرع الا اذا آذن له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين بخلاف المكاتب انه لا يجوز كفالته أصلاً على ما مر في كتاب الكفالة ولا يهب درهماً تاماً لا بغير عوض ولا بعوض وكذا لا يتصدق بدرهم ولا يكسو ثوباً لانه تبرع ويجوز تبرعه بالطعام اليسير اذا وهب أو أطمع استحساناً والقياس أن لا يجوز لانه تبرع وان قل الا اننا استحسننا الجواز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحيب دعوة المملوك ولان هذا من ضرورات التجارة عادة فكان الاذن فيه ثابتاً بطريق الدلالة فيملكه ولهذا ملكت المرأة التصديق بشئ يسير كالغيف ونحوه من مال زوجها كونهما مأذونة في ذلك دلالة كذا هذا ولا يزوج من غير اذن مولاه لان الزوج ليس من باب التجارة وفيه ضرر بالمولى ولا يتسرى جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة وحل الوطء بدون أحد المملكين منقضي شرعاً وسواء آذن له المولى بالتسرى أو لم يأذن له لم يذكر ان العبد لا يملك شيئاً لانه مملوك فيستحيل أن يكون مالكا وبالاذن لا يخرج عن كونه مملوكاً فلا تندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالاجماع لان الزوج ليس من التجارة وفيه أيضاً ضرر بالمولى وهل له أن يزوج أمته قال أبو حنيفة ومحمد لا يزوج وقال أبو يوسف يزوج (وجه) قوله أن هذا تصرف نافع في حق المولى لانه مقابلة ما ليس بمال فكان أنفع من البيع لأنه يملك البيع فالتكاح أولى وجه قولهما أن الداخل تحت الاذن هو التجارة والتكاح الامة وان كان نافعا في حق المولى فليس بتجارة إذ التجارة مبادلة مال بمال ولم توجد فلا يملكه ولا يعتق وان كان على مال لانه ليس بتجارة بل هو تبرع للحال ألا ترى انه يعتق بنفس القبول فاشبه القرض ولا يملك القرض فلا يملك الاعتاق على مال وان أعتق على مال فان لم يكن عليه دين وقف على إجازة المولى بالاجماع فان أجاز لانه اذا لم يكن عليه دين يملك المولى نشاء العتق فيه فيملك الا جازة بالطريق الأولى وولاية قبض العوض للمولى لا للعبد لما ذكره وأن لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغرماء حق في هذا المال لانه كسب الحر وان كان عليه دين لم يجز الاعتاق وأن أجاز المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء ولا سبيل للغرماء على العوض بخلاف ما اذا كان مكان الاعتاق كتابة ان عندهما يتعلق حق الغرماء بالبدل وههنا لا يتعلق لان هذا كسب الحر وذلك كسب الرقيق وحق الغريم يتعلق بكسب الرقيق ولا يتعلق بكسب الحر ولا يكتب سواء كان عليه دين أو لم يكن لان الكتابة ليست بتجارة فلا يملكها المأذون ولانها اعتاق معلق بالشرط وهو لا يملك الاعتاق فان كاتب فان لم يكن عليه دين وقف على إجازة المولى لانه اذا لم يكن عليه دين فكسبه خالص ملك المولى لاحق لاحد فيه فيملك الا جازة ألا ترى أنه يملك الانشاء فلا جازة أولى فان أجاز نقد وصار مكاتباً للمولى وولاية قبض بدل الكتابة للمولى لا للعبد لان الا جازة للائحة بمنزلة الوكالة السابقة فكان العبد بمنزلة وكيل المولى في الكتابة وحقوق الكتابة ترجع الى المولى لا الى الوكيل لذلك لم يملك المأذون قبض بدل الكتابة ومملكه المولى ولو لحق العبد بعد ذلك دين فليس للغرماء فيما على المكاتب حق لانه لما صار مكاتباً للمولى فقد صار كسباً منزعاً من يد المأذون فلا يكون للغرماء عليه سبيل وان كان المكاتب قد أدى جميع بدل الكتابة الى المأذون قبل إجازة المولى لم يعتق لان الكتابة لم تنفذ لانعدام شرط النفاذ وهو الا جازة وان كان عليه دين محيط برقبته وبما في يده لا تصح إجازة المولى عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لا يعتق اذا أدى البديل

لان كسب العبد المأذون الذي عليه دين محبط لا يكون ملكاً للمولى عنده ولهذا لا يملك انشاء الكتابة فلا يملك الاجازة وعندهما تصح اجازته كما يصح انشاء الكتابة منه ويعتق اذا أدى ويضمن المولى قيمته للغرماء لتعلق حقهم به فصار متلفاً عليهم حقهم وما قبض المأذون من بدل الكتابة قبل الاجازة يستوفي منه الدين عندهما لتعلق حق الغرماء به قبل الاجازة بخلاف الاعتاق على مال وقد ذكرنا وجه الفرق لهما فكانت الاجازة في معنى انشاء الكتابة ولو أنشأ ضمن القيمة عندهما كذا هذا وان لم يكن الدين محيطاً برقبته وبما في يده جازت اجازته بالاجماع ويضمن قيمته للغرماء لا تلاف حقهم والله الموفق للصواب

فصل وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك وبيان حكم تصرفه فنقول وبالله التوفيق ان المولى يملك اعتاق عبده المأذون سواء لم يكن عليه دين أو كان عليه دين لان صحة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد الا أنه اذا لم يكن على العبد دين لاشي على المولى وان كان عليه دين فالغرماء بالخيار ان شاؤوا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين لانه تصرف في ملك نفسه وأتلف حق الغير لتعلق الغرماء بالرقبة فبراعى جانب الحقيقة بتنفيذ الاعتاق وبراى جانب الحق بإيجاب الضمان مراعاة للجانبين عملاً بالدليلين فينظر ان كانت قيمة العبد مثل الدين غرم ذلك وان كانت أكثر منه غرم قيمة الدين وان كانت أقل منه غرم ذلك القدر لانه ما أتلف عليهم بالاعتاق الا القدر المتعلق برقبة العبد فيؤخذ المولى بذلك ويتبع الغرماء العبد بالباقي وان شاؤوا اتبعوا العبد بكل الدين فيستسعوه فيه لان كل الدين كان واجباً عليه مباشرة بسبب الوجوب منه حقيقة وهو المعاملة الا أن رقبته تعينت لاستيفاء قدر ما يحتمله من الدين منها بتعيين المولى أو شرعاً على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى فبقيت الزيادة على ذلك في ذمة العبد وقد عتق فيطالب به وأيهما اختاروا اتباعه لا يبرأ الا آخر لان اختيار التضمنين في باب العصب يتضمن المنصوب والتملك بعوض لا يحتمل الرجوع عنه فاما اختيار اتباع أحدهما ههنا لا يوجب ملك الدين منه ولو لم يكن على العبد دين ولكنه قتل عبداً آخر خطأ وعلم المولى به فاعتقه وهو عالم به يصير مختاراً للفداء يغرم المولى تمام قيمة العبد المقتول ان كان قليل القيمة وان كان كثير القيمة بان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر غرم عشرة آلاف الا عشرة فرق بين الجناية والدين اذا أعتقه وعليه دين وهو عالم به لا يلزمه تمام الدين بل الاقل من قيمته ومن الدين علم بالدين أو لم يعلم وههنا يلزمه تمام القيمة اذا كان عالماً بالجنائية ووجه أن الفرق موجب جناية العبد على المولى وهو الدفع لكن جعل له سبيل الخروج عنه بالفداء بجميع الارش فاذا أعتقه مع العلم بالجنائية فقد صار مختاراً للفداء فيلزمه الفداء بجميع قيمة العبد المقتول الا أن تكون عشرة آلاف أو أكثر فينقص منه عشرة اذ لا من بدلية العبد على هذا القدر فاما موجب معاملة العبد وهو الدين فعلى العبد حقاً للغرماء الا أن القيمة التي في مالية الرقبة فانها تعلق بها وبالاعتاق ما أبطل عليهم الا ذلك القدر من حقهم فيضمنه والزيادة بقيت في ذمة العبد فيطالب به بعد العتق وكذلك ان كان قتل حراً خطأ فاعتقه المولى وهو عالم به غرم المولى دية الحر لان الاعتاق مع العلم بالجنائية دليل اختيار الفداء ودية الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم فيغرمها المولى هذا اذا أعتقه المولى وهو عالم بالجنائية فاما اذا لم يكن عالماً بالجنائية يغرم قيمة عبده لا ولياء الجناية لانه اذا لم يكن عالماً بالجنائية وقت الاعتاق لم يكن اعتاقه دليل اختيار الفداء لان هذا النوع من الاختيار لا يتحقق بدون العلم ويلزمه قيمة عبده لان الواجب الاصل على المولى هو دفع العبد بالجنائية ألا ترى أنه لو هلك العبد قبل اختيار الفداء لاشي على المولى وانما ينتقل من العين الى الفداء باختيار الفداء فاذا لم يكن الاعتاق قبل العلم دليل الاختيار بقي الدفع واجباً وتعذر عليه دفع عينه فيلزمه دفع ماليته اذ هو دفع العين من حيث الصورة ولو كان على العبد المأذون دين محيط برقبته وجنى جنایات تحبط بقیمة فاعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنائية فانه يغرم لاصحاب الدين قيمته كاملة ويغرم لاصحاب الجنایة قيمة أخرى الا أن تكون قيمته عشرة آلاف أو أكثر فينقص منها عشرة لان حق اصحاب الدين قد تعلق بمالية العين وحق اصحاب الجنایة قد تعلق بالعين والمولى بالاعتاق

أبطل الحقين جمعاً فيضمنها ولو قتله أجنبي يضمن قيمة واحدة لأن الضمان الواجب بالقتل ضمان اتلاف النفس والنفس واحدة فلا يتعدد ضمانها فاما الضمان الواجب بالاغتياق فضمن ابطال الحق فيتعدد ضمانه فهو الفرق والله تعالى الموفق فان قيل لم لا يشارك أصحاب الدين أصحاب الجناية فالجواب لا اختلاف محل الحقين فالدفع يتعلق بالعين والدين يتعلق بمالية العين وهما محلان مختلفان فتعذر المشاركة والله تعالى أعلم وكذلك يملك اعتناق المدبر وأم الولد الماذونين في التجارة لما قلنا ولو أعتقتهما وعليهما دين فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وأم الولد لان دين التجارة لم يتعلق برقبتهما فخر وجههما عن احتمال الاستيفاء منهما بالتدبير والاستيلاء فلم يوجد منه اتلاف حق الغرماء فلا يضمن وهل يملك اعتناق كسب عبده الماذون لا خلاف في انه اذا لم يكن على الماذون دين أصلاً يملك وينفذ اعتاقه ولا شيء عليه لان الاغتياق صادق محله هو خالص ملكه لا حق لا حذفيه فينفذ ولا يضمن شيئاً وان كان عليه دين فان كان كثيراً يحيط برقبته وكسبه لا يملك ولا ينفذ اعتاقه عند أبي حنيفة رضي الله عنه الا أن يسقط حق الغرماء بان يقضى المولى دينهم أو تبرئه الغرماء من الدين أو يشتريه المولى من الغرماء وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يملك وينفذ اعتاقه ويضمن قيمته ان كان موسراً وان كان معسراً سعى العبد فيه ويرجع على المالك والمسألة تعرف بان المولى يملك كسب عبده الماذون المديون ديناً مستغرقاً لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك وجه قوطهما أن رقبة الماذون وأن تعلق بهما حق الغرماء فهي ملك المولى ألا ترى أنه يملك اعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرقة بالدين والدليل على أن الفراغ شرط أن الملك للمولى في كسب العبد ثبت معد ولا به عن الأصل انه لم يحصل بكسبه حقيقة وقال الله تبارك وتعالى وأن ليس للانسان إلا ما سعى وهذا ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص الا أن الكسب الفارغ عن حاجة العبد خص عن عموم النص وجعل ملكاً للمولى فبقى الكسب المشغول بحاجته على ظاهر النص هذا اذا كان الدين محيطاً بالرقبة والكسب فان لم يكن محيطاً بهما فلا شك انه لا يمنع الملك عندهما لان المحيط عندهما لا يمنع فقير المحيط أولى (وأما) أبو حنيفة رضي الله عنه فقد كان يقول أولاً لا يمنع حتى لا يصبح اعتاقه شيئاً من كسبه ثم يرجع وقال لا يمنع وجه قوله الاول ما ذكرنا أن الفراغ شرط ثبوت الملك له فالشغل وان قل يكون مانعاً وجه قوله الا آخر أن المانع من ملك المولى كون الكسب مشغولاً لحاجة العبد وبعضه مشغول وبعضه فارغ (فاما) أن يعتبر جانب الشغل في المنع من ثبوت الملك له في كله (وأما) أن يعتبر جانب الفراغ في إيجاب الملك له في كله واعتبار جانب الفراغ أولى لانا اذا اعتبرنا جانب الفراغ فقد راعينا حق الملك باثبات الملك له وحق الغرماء باثبات الحق لهم فاذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راعينا جانب الغرماء وأبطلنا حق المالك أصلاً فقضينا حق المالك بتنفيذ اعتاقه وقضينا حق الغرماء بالضمان صيانة للحقين عن الابطال عملاً بالدليلين بقدر الامكان ولهذا ثبت الملك للوارث في كل التركة اذا لم يكن الدين محيطاً بها كذا هذا ولو أعتقه ثم قضى المولى دين الغرماء من خالص ملكه أو أبرأه الغرماء بقضاء اعتاقه عند عامة أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الحسن بن زياد رحمه الله لا ينفذ وجه قول الحسن أن الاغتياق صادق كسبه مشغولاً بحاجة العبد لان الملك ثبت مقصوداً على حال القضاء والبراء فيمنع النفاذ كما اذا أعتق عبد مكاتبه ثم عجز المكاتب انه لا ينفذ اعتاقه كذا هذا (ولنا) أن النفاذ كان موقوفاً على سقوط حق الغرماء وقد سقط حقهم بالقضاء والبراء فظهر النفاذ من حين وجوده من كل وجه بخلاف ما اذا أعتق عبد من أكساب مكاتبه لان المكاتب أحق بكسبه من المولى لانه فيما يرجع الى أكسابه كالحرق والعجز لا يتبين انه لم يكن أحق بكسبه فلم ينفذ اعتاق المولى وعلى هذا الخلاف لو أعتق الوارث عبد من التركة المستغرقة بالدين ثم قضى الوارث الدين من مال نفسه أو أبرأ الغرماء الميتم من الدين انه ينفذ اعتاقه خلافاً للحسن ولو وطئ المولى جارية العبد الماذون وعليه دين محيط فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبته منه وصارت

الجارية أم ولد له وغرم قيمة الجارية للغرماء ولا يغرم لهم شيئاً من عقرها قليلاً ولا كثيراً أما صحة الدعوة فلان ملك المولى ان لم يظهر في الكسب في الحال عند أبي حنيفة رضي الله عنه فله فيه حق الملك فصحت دعوته (وأما) لزوم قيمة الجارية للغرماء فلانه بالدعوة أطل حقهم (وأما) عدم وجوب العقر فلان المانع من ظهور ملكه في الكسب حق الغرماء وقد سقط حقهم بالضمان فيظهر الملك له فيه من حين اكتسبه العبد فتبين انه وطي ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولو أعتق المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط ثم وطئها فجاءت بولد فادعاه المولى تحت دعوته والولد حر ويضمن قيمة الجارية للغرماء لما قلنا لان الاعتاق السابق منه لم يحكم بنفاذه للحال فكان حق المالك ثابتاً له الا أن الجارية ههنا تصير حرة بالاعتاق السابق وعلى المولى العقر للجارية أما صيرورتها حرة بالاعتاق السابق فلان الاعتاق السابق كان نفاذه موقوفاً على سقوط حق الغرماء وقد سقط بدعوة المولى فنفذ فصارت حرة بذلك الاعتاق (وأما) لزوم العقر للجارية فلان الوطء صادم الحرية من وجهه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ويملك المولى بيع العبد المأذون اذا لم يكن عليه دين لانه خالص ملكه وان كان عليه دين لا يملك بيعه الا باذن الغرماء أو باذن القاضي بالبيع للغرماء أو بقضاء الدين ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لا يملك بيعه الا باجازة الباقيين لما نذكره في بيان حكم تعلق الدين ويملك أخذ كسب العبد من يده اذا لم يكن عليه دين لانه فارغ عن حاجته فكان خالص ملكه ولو لحقه دين بعد ذلك فالأخذ سالم للمولى لان شرط خلوص الملك له فيه كونه فارغاً عند الأخذ وقد وجد ولو كان الكسب في يد العبد ولا دين عليه فلم يأخذ المولى حتى لحقه دين ثم أراد أن يأخذه لا يملك أخذه لانه لم يوجد القراغ عند الأخذ فلم يوجد الشرط وان كان عليه دين وفي يده كسب لا يملك أخذه لانه مشغول بحاجته لتعلق حق الغرماء به ولو أخذه المولى فالغرماء أن يأخذه منه ان كان قائماً بقيمته ان كان هالكا لتعلق حقهم بالأخذ فعليه رد عينه أو بدله ولو لحقه دين آخر بعد ما أخذه المولى اشترك الغرماء الاولون والآخرين في الأخذ وأخذوا عينه أو قيمته لان زمان الاذن مع تعدده حقيقة في حكم زمان واحد كزمان المرض فكان زمان تعلق الديون كلها واحداً لذلك اشترى كوافيه ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد في كل شهر فلحقه دين محيط برقبته وكسبه فهل يجوز له قبض الغلة مع قيام الدين ينظر ان كان يأخذ عاينه مثله جاز له ذلك استحساناً والقياس أن لا يجوز لان حقهم يتعلق بالغلة الا انا استحسنا الجواز نظراً للغرماء لان الغلة لا تحصل الا بالتجارة فلم يمنع المولى عن أخذ غلة المثل لحجره عن التجارة فلا يتمكن من الكسب فيتصرر به الغرماء فكان اطلاق هذا القدر وسيلة الى غرضهم فكان تحصيل الغلة من حيث المعنى وليس له ان يأخذ أكثر من غلة المثل ولو أخذ رد الفضل على الغرماء لان امتناع ظهور حقهم في غلة المثل للضرورة ولا ضرورة في الزيادة فيظهر حقهم فيها مع ما ان في اطلاق ذلك اضراراً بالغرماء لان المولى يوظف عليه غلة تستغرق كسب الشهر فيتضرر به الغرماء وعلى هذا اذا كان على العبد دين وفي يده مال فاختلف العبد والمولى فالقول قول العبد ويقضى منه الدين لان الكسب في يده والمأذون في اكسابه التي في يده كالحر ولو كان المال في يدهما فهو بينهما لاستوائهما في اليدوان كان ثمة ثالث فهو بينهم اثلاثاً لما قلنا ولو لم يكن عليه دين فاختلف العبد والمولى وأجنبي فهو بين المولى والاجنبي لانه اذا لم يكن عليه دين فلا عبرة ليده فكانت يده ملحقه بالعدم فبقيت يد المولى والاجنبي فكان الكسب بينهما نصفين وهذا اذا لم يكن العبد في منزل المولى فان كان في منزل المولى وفي يده ثوب فاختلفا فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له لانهما استويا في ظاهر اليد وترجع يد العبد بالتجارة وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لان الظاهر شاهد للمولى ولو كان العبد راكباً على دابة أو لا يسأوا بفهم للعبد سواء كان من تجارته أو لم يكن لانه ترجح يده بالتصرف فكانت أولى من يد المولى ولوتنازع المأذون وأجنبي فيما في يده من المال فالقول قول العبد لما ذكرنا انه فيما يرجع الى السيد كالحر ولو أجر الحر أو المأذون نفسه من خياط يخطط معه أو من تاجر يعمل معه وفي يد الاجير ثوب واختلفا فقال المستأجر هو وقال الاجير هو لى فان كان الاجير في حانوت التاجر والخياط فهو للتاجر والخياط

وان لم يكن في منزله وكان في السكة فهو للاجير لان الاجير اذا كان في دار الخياط ودار الخياط في يد الخياط كان الاجير مع ما في يده في يد الخياط ضرورة واذا كان في السكة لم يكن هو في يده فكذا ما في يده كما لو كان مكان الاجير اجنبي ولو اجر المولى عبده المحجور من رجل ومعه ثوب فادعاه المولى والمستاجر فهو للمستاجر سواء كان العبد في منزل المستاجر أو لم يكن بخلاف الاجير اذا لم يكن في منزل المستاجر أنه يكون للاجير دون المستاجر (ووجه) الفرق بان يد العبد يد نيابة عن المولى وقد صار مع ما في يده بالاجارة في يد المستاجر فكان القول قول صاحب اليد فاما يد الاجير فيد اصاله اذ هو في حق اليد كالحرف فلا يصير بنفس الاجارة في يد المستاجر ولو كان المحجور في منزل المولى فهو للمولى لانه اذا كان في منزل المولى كان في يده لكون منزله في يده فنزل يد المستاجر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الغرور في العبد المأذون فنقول وبالله التوفيق اذا جاء رجل بعبد الى السوق وقال هذا عبدى اذنت له بالتجارة فبايعوه فبايعه أهل السوق فلحقه دين ثم استحق أوتبين انه كان حراً أو مدبراً أو أم ولد فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الرجل حراً واما ان كان عبداً فان كان حراً فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدين أما وجوب أصل الضمان عليه فلا نه غرهم بقوله هذا عبدى فبايعوه حيث أضاف العبد الى نفسه وأمرهم بما بيعته فيلزمه ضمان الغرور وهذا لان أمره اياهم بالمبايعه اخبار منه عن كونه مأذوناً في التجارة واطرافه العبد الى نفسه اخبار عن كونه مملوكاً والاذن بالتجارة مع عبد الاذن يوجب تعلق الدين برقبته فكان الاذن مع الاضافة دليلاً على الكفالة بما يتعلق برقبته التي هي مملوكة له فيؤخذ بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) وجوب الاقل من قيمة العبد ومن الدين فلان الداخل تحت الكفالة هذا القدر وللغرماء أن يرجعوا على الذي ولي مبايعتهم ان كان حراً لانه الذي باشر بسبب الوجوب حقيقة وان كان مستحقاً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد يرجع عليهم بعد العتاق لان رقابهم لا تحتمل الاستيفاء قبل العتاق وسواء قال اذنت له بالتجارة أو لم يقل لان الامر بالمبايعه يغني عن التصريح بالاذن وسواء أمر بتجارة عامة أو خاصة لان التخصيص لغو عندنا بخلاف ما اذا قال ما بايعت فلان من البر فهو على أنه لا يصير كغيره لان هناك التخصيص صحيح لوقوع التصرف في كفالة مقصودة والكفالة المقصودة محتملة للتخصيص فأما هنا فالكفالة ما ثبتت مقصودة وانما ثبتت مقتضى الامر بالمبايعه والا مر لا يحتمل التخصيص فكذا الكفالة هذا اذا أضاف العبد نفسه وأمرهم بما بيعته فأما اذا وجد أحد همدون الاخر لا ضمان عليه لان معنى الكفالة لا يثبت بأحد همدون الاخر فلا بد من وجودهما ولو كان هذا العبد الذي أضافه الى نفسه وامر الناس بمبايعته مملوكاً لآمر فدبره المولى ثم لحقه دين بعد التدبير لم يضمن المولى شيئاً لانه لم يغرم حيث لم يظهر الامر بخلافه فلا يلزمه ضمان الغرور وكذا لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير لان عدم الدين عنده وكذا لو أعتقه المولى ثم بايعوه لما قلنا هذا اذا كان الامر حراً فاما اذا كان عبداً فان كان محجوراً فلا ضمان عليه حتى يعتق لان هذا ضمان كفالة وكفالة العبد المحجور لا تنفذ للحال وان كان مأذوناً أو مكاتباً وكان المأذون حراً لا ضمان على الامر في شيء وكذا لو كان الامر صبيماً مأذوناً لان المأذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهم للحال ولكنها تنفذ فيؤخذن به بعد العتق والصبي لا تنفذ كفالتة فلا يؤخذ بال ضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون فنقول وبالله التوفيق حكمه تعلقه بمحل يستوفي منه اذا ظهر فلا بد من بيان سبب تعلق الدين وبيان سبب ظهور الدين وبيان حكم التعلق أما بيان سبب تعلق الدين فلتعلق الدين بأسباب منها التجارة من البيع والشراء والاجارة والاستئجار والاستدانة ومنها ما هو في معنى التجارة كالغصب وجحود الامانات من الودائع ونحوها لان الغصب وجحود الامانة سبب لوجوب الملك في المغصوب والمجحود فكان في معنى التجارة وكذا الاستهلاك مأذوناً كان أو محجوراً بأن عقردابة أو خرق ثوباً خرقاً فاحشاً

لأنه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهلاك فكان في معنى التجارة وكذلك عقر الجارية المستحقة بأن اشترى جارية فوطئها ثم استحققت لأن الواجب وإن كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع لا تتقوم إلا بالعقد فتلحق بالواجب بالعقد فكان في حكم ضمان التجارة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ومنها الشكاح بإذن المولى لأنه لم يشرع بدون المهر

﴿فصل﴾ وأما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيان أحدهما إقراره بالدين وبكل ما هو سبب لتعلق الدين بحل يستوفي منه وهو ما ذكرنا لأن إظهار ذلك بالإقرار من ضرورات التجارة على ما بينا في ملكه المأذون والثاني قيام البيئة على ذلك عند الإنكار لأن البيئة حجة مظهر للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضى عليه ولو كان محجورا فقامت البيئة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى (ووجه) الفرق أن الشهادة في المأذون قامت عليه لا على المولى لأن يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف المحجور لأنه لا بد له فلا يملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة على المولى فشرط حضوره لئلا يكون قضاء على الغائب ولو ادعى على العبد المحجور ودبعة مستهلكة أو بضاعة أو شيئا كان أصله أمانة لا يقضى بها للحال عند أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يقضى بها للحال بناء على أن العبد لا يؤخذ بضماني ودبعة مستهلكة للحال عندهما وإنما يؤخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان إليه وعنده يؤخذ به للحال فلا يتوقف والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك لو أقامت البيئة على إقرار المأذون بذلك قضى عليه ولا يشترط حضور المولى ولو قامت البيئة على إقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه وإن كان المولى حاضرا لأن المحجور لو أقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال كذا إذا قامت البيئة على إقراره بخلاف المأذون ولو قامت البيئة على العبد المأذون أو المحجور على سبب قصاص أو حرم القتل والقذف والزنا والشرب لم يقض به حتى يحضر المولى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقضى بهما وإن كان غائبا واجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقصاص فإنها تقام من غير حضرة المولى (وجه) قول أبي يوسف إن العبد أجني عن المولى فيما يرجع إلى الحدود والقصاص ألا ترى أنه يصح إقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح إقرار المولى من غير تصديقه فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره ولهذا يشترط حضرة المولى في الإقرار (وجه) قولهما أن العبد بجميع أجزائه مال المولى وإقامة الحدود والقصاص اتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الاتلاف ما أمكن وفي شرط الحضور صيانة حقه عن الاتلاف بقدر الامكان لأنه لو كان حاضرا عسى يدعى شبهة مانعة من الإقامة وحق المسلم يجب صيانته عن البطالان ما أمكن ومثل هذه الشبهة مما لا ينعد في الإقرار بعد صحته لذلك افترقا وكذلك إذا قامت البيئة على عبد أنه سرق عشرة دراهم وهو يجحد ذلك أنه لو كان المولى حاضرا نقطع ولا يضمن السرقة مأذونا كان أو محجورا بلا خلاف لأن القطع مع الضمان لا يجتمعان وإن كان غائبا فإذا كان العبد مأذونا يضمن السرقة ولا يقطع لأن غيبة المولى لا تمنع القضاء بالضمان في حق المأذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع لأنهما لا يجتمعان وعلى قياس أبي يوسف هذا والفصل الأول سواء يقطع ولا يضمن السرقة ولا حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضاء بالقطع والقطع يمنع الضمان وإن كان محجورا لا تسمع البيئة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا ضمان عندهما (أما) القطع فلان حضرة المولى شرط ولم يوجد (وأما) الضمان فلان غيبة المولى تمنع القضاء بالضمان في حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا ولو قامت البيئة على سرقة ما دون النصاب فإن كان مأذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع سواء حضر المولى أو غاب لأن سرقة ما دون النصاب لا توجب القطع فبقي دعوى السرقة ودعوى الضمان على المأذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضاء بالضمان على المأذون وإن كان محجورا لا تسمع بينته أصلا (أما) على القطع فظاهر وأما على المال فلان حضور المولى شرط للقضاء على

المحجور بالمال ولو قامت البينة على اقرار المأذون أو المحجور بسبب القصاص أو الحد لزمه القود وحد حد القذف حضر المولى أو غاب ولا يلزمه ما سواهما من الحدود وإن كان المولى حاضر إلا أن القصاص حق العبد وكذا حد القذف فيه حق العبد وسائر الحدود حقوق الله سبحانه وتعالى خالصا للبينة وإن أظهرت الاقرار فلا نكار منه رجوع عن الاقرار والرجوع عن الاقرار يصح في حق الله تبارك وتعالى لا في حقوق العباد فيجب القصاص وحد القذف ويستقط ما سواهما غير أنه إذا قامت البينة على اقراره بالسرقة يلزمه الضمان إن كان مأذونا سواء بلغ نصا أو لم يبلغ حضر المولى أو غاب لأن سقوط النطق للرجوع والرجوع في حق المال لم يصح فيجب الضمان سواء كان المولى حاضرا أو غائبا لأن القضاء بالمال على المأذون لا يقف على حضور المولى ولو كان محجورا لا قطع عليه ولا ضمان أما القطع فلمكان الرجوع وأما الضمان فلان اقرار المحجور بالمال غير نافذ في الحال فلا تصح إقامة البينة عليه ولو قامت البينة على الصبي المأذون أو المعتوه المأذون على قتل أو سبب حد قبلت على القتل وتجب الدية على العاقلة ولا تقبل على الحد لتصور سبب وجوب الدية منه وهو القتل الخطأ لأن عمد الصبي خطأ وانعدام تصور سبب وجوب الحد منه من الزنا وغيره غير أنه إذا قامت البينة عليه على السرقة قبلت على المال وضمنه القاضي لأن الصبي المأذون من أهل القضاء عليه بالمال ولو قامت البينة على اقراره بالقتل لم تقبل لأن اقرار الصبي غير صحيح فلا تقبل البينة عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل في ما يبان محل التعلق فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الدين يتعلق بكسب العبد لأن المولى بالأذن بالتجارة عينه للاستيفاء أو تعين شرعا نظر الغرماء سواء كان كسب التجارة أو غيره من الهبة والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول علمائنا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر رحمه الله لا يتعلق الا بكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى (وجهه) قول زفر أن التعلق حكم الأذن والأذن بالتجارة لا لغيرها وهذه ليست من كسب التجارة فلا يتعلق بها الدين (ولنا) أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد أي كسب كان فراغه عن حاجة العبد للفقهاء الذي ذكرنا من قبل ولم يوجد الفراغ فلا يثبت الملك له وسواء حصل الكسب بعد لحوق الدين أو كان حاصل قبله الا الولد والارث فان ما ولدت المأذونة من غير مولاهما بعد لحوق الدين يتعلق به وما ولدته قبل ذلك لا يتعلق الدين به ويكون للمولى وكذلك الارش بان فقت عينها فوجب الارش على الفاق (وجهه) الفرق ان التعلق بالولد بحكم السراية من الام اليه لان الولد يحدث على وصف الام ومعنى السراية انما يتحقق في الحادث بعد لحوق الدين لا قبله لانه كان ولادين على الام فلما حدث حدث على ملك المولى وكذلك الارش في حكم الولد لان الولد جزء منفصل من الاصل والارش بدل جزء منفصل من الاصل وحكم البدل حكم الاصل وأما تعلقه بغيرهما فليس بحكم السراية بل الشغل بحاجة العبد فاذا لم ينزع المولى من يده حتى لحقه دين محيط فقد صار مشغولا بحاجته فلا يظهر ملك المولى فيه فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وهما فرق آخر وهو ان الولد المولود بعد لحوق الدين يدخل في الدين وولد الجنابة لا يدخل في الجنابة لان دخوله في الدين بحكم السراية لان الدين يتعلق برقبة الام فسرى ذلك الى الولد فحدث على وصف الام والجنابة لا تحتل التعلق بالرقبة فلا تحتل السراية فهو الفرق ولو أذن له المولى دفع اليه مالا ليعمل به فباع واشترى ولحقه دين لا يتعلق الدين بالمال المدفوع اليه لان الدين يتعلق بكسب العبد ولا ليس كسبه أصلا فلا يتعلق به وأما رقبة العبد فهل يتعلق الدين بها اختلف فيه قال علمائنا الثلاثة رضي الله تعالى عنهم يتعلق وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يتعلق (وجهه) قولهما ان هذا ان كان دين العبد فالرقبة ملك المولى ودين الانسان لا يقضى من مال غنم لغيره الا باذنه ولم يوجد وان كان دين المولى فلا يتعين له مال دون مال كسائر ديون المولى وانما يقضى من الكسب لوجوه التعيين فالأذن من المولى دلالة الأذن بالتجارة لانه قضاء دين التجارة من كسب التجارة فكان مأذونا فيه دلالة ومثل هذه الدلالة لم يوجد في الرقبة لان رقبة العبد ليست من كسب التجارة (ولنا) ان قول هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه عند

المولى ودين العبد اذا ظهر وجوبه عند المولى يقضى من رقبته التي هي مال المولى كدين الاستهلاك أو نقول هذا دين المولى فيقضى من المال الذي عينه المولى للقضاء منه كالرهن والمولى بالاذن عين الرقبة للقضاء الدين منها فتعين بتعيين المولى والله سبحانه وتعالى أعلم واذا كان الرقبة والكسب كل واحد منهما محلاً لتعلق الدين به فاذا اجتمع الكسب والرقبة يبدأ بالاستيفاء من الكسب لان الكسب محل للتعلق قطعاً ومحلية الرقبة لتعلق محل الاجتهاد فكانت البديلة بالكسب أولى فاذا قضى الدين منه فان فضل من الكسب شئ فهو للمولى لانه كسب فارغ عن حاجة العبد وان فضل الدين يستوفى من الرقبة عندنا فان فضل على الثمن يتبع العبد به بعد العتاق على ما ذكره

فصل في ما بيان حكم التعلق فنقول والله تعالى التوفيق ان لتعلق الدين أحكاماً منها ولا ية طلب البيع للغرماء من القاضى لان معنى تعلق الدين منه ليس الاتيينه لاستيفاء الدين منه وهو في الحقيقة تعين ماليته للاستيفاء لان استيفاء الدين من جنسه يكون وذلك ماليته لا عينه وذلك بيعه وأخذ ثمنه الا ان يقضى المولى ديونهم فتخلص له الرقبة لان حقهم في المالية دون العين وقد قضى حقهم فبطل التعلق ومنها انه اذا بيع العبد كان ثمنه بين الغرماء بالحصص لان الثمن بدل الرقبة فيكون لهم على قدر تعلق حقهم بالمبدل وهو الرقبة وكان ذلك بالحصص فكذا الثمن كثر من التركة اذا بيعت ثم اذا بيع العبد فان فضل شئ من ثمنه فهو للمولى وان فضل الدين لا يطالب المولى به لانه لا دين على المولى ويتبع العبد به بعد العتاق لان الدين كان عليه الا أن القدر الذي تعلق برقبته صار متضمناً بقى القاضى عليه وانما يباع العبد في الدين اذا كان حالاً فان كان مؤجلاً لا يباع الى حل الاجل لان البيع يتبع التعلق والتعلق يتبع الوجوب والوجوب على التضييق لا يثبت الا بعد حل الاجل فكذا التعلق ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فطلب أصحاب الحال البيع باعه القاضى وأعطى أصحاب الحال قدر حصصهم وأمسك حصة أصحاب الاجل لان التعلق على التضييق ثبت في حق أصحاب الحال لا في حق أصحاب الاجل وكذلك لو كان الغرماء بعضهم حاضراً وبعضهم غيباً فطلب الحضور البيع من القاضى باعه القاضى وأعطى الحضور حصصهم ووقف حصة الغيب لان لكل واحد منهم على الاثر ادينه متعلقاً بالرقبة وذايوجب التحريم الى البيع فغيبه البعض لا تكون مانعة وكذلك اذا كان بعض الديون ظاهراً والبعض لا يظهر لكن ظهر سبب وجوبه بان كان عليه دين خفي براً على طريق المسلمين فطلب الغريم البيع باعه القاضى في دينه وأعطاه دينه وان كان لا يفضل الثمن عن دينه شيئاً لان ظهور دينه أوجب التعلق برقبته فلا يجوز ترك العمل بالظاهر بما لم يظهر ثم اذا وقعت فيهما بهيمة فعطبت رجوع صاحب البهيمة على الغريم فيتضرر بان يضرب صاحب البهيمة بقيمتها ويضرب الغريم بدينه فيكون الثمن بينهما بالحصص لان الحكم مستند الى وقت وجود سببه فيتبين انه كان شريكاً في الرقبة في تعلق الدين فيتشارك في بدلها بالحصص ولو كان عليه دين فاقرب ان يباع لغائب يصدق في ذلك صدقه المولى والغرماء أو كذبوه لان اقرار المأذون بالدين صحيح من غير تصديق المولى لما بينا واذا بيع وقف القاضى من ثمنه حصة الغائب ولو أقر بدين لغائب بعد ما يبيع في الدين لم يحجز اقراره وان صدقه المولى لانه اذا بيع فقد صار محجوراً عليه واقرار المحجور بالدين لا يصح وان صدقه المولى فان قدم الغائب وأقام بينة على الدين أتبع الغرماء بحصته من الثمن لانه باقامة البينة ظهر ان كان شريكهم في الرقبة في تعلق الدين فشاركهم في بدلها ولا سبيل له على العبد ولا على المشتري لان حقه في الدين ومحل تعلقه الرقبة لا غير فلا سبيل له على غيرها والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها انه لا يجوز للمولى بيع العبد الذي عليه دين الا باذن الغرماء أو بقضاء الدين أو باذن القاضى بالبيع للغرماء ولو باع لا ينفذ الا اذا وصل اليهم الثمن وفيه وفاء بديونهم لان حق الغرماء متعلق برقبته وفي البيع ابطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير رضاهم كبيع المرهون الا ان يصل ثمنه اليهم وفيه وفاء بديونهم فينفذ لما بينا ان حقهم في معنى الرقبة لا في صورتها فصارت كالقضى المولى الدين من خالص ماله ودل اطلاق هذه الرواية على ان الدين حال قيام الكسب يتعلق بالكسب والرقبة جميعاً لانه بقي جواز بيع المولى مطلقاً عن شرط عدم الكسب ولو كان قيام الكسب مانعاً من التعلق بالرقبة

لجازلان الرقبة اذ ذاك تكون خالص ملك المولى وتصرف الانسان في خالص ملكه نافذا لان يحمل على حال عدم الكسب حملا للمطلق على التقيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لم يحجز الا ان يحجزه الباقيون لتعلق حق كل واحد بالرقبة فكان البيع تصرفا في حق الكل فلا ينفذ من غير اجازتهم ثم فرق بين بيع المولى وبين بيع الوصي التركة في الدين من غير اذن الغرماء انه ينفذ هناك وهنا لا ينفذ (ووجهه) الفرق ان للغرماء حق استسعاء المأذون وهذا الحق يبطل بالبيع فكان امتناع النفاذ مفيدا وليس للغرماء ولاية استسعاء التركة لما فيه من تأخير قضاء دين الميت فكان عدم النفاذ للوصول الى الثمن خاصة وانه يحصل ببيع الوصي فلم يكن التوقف مفيدا فلا يتوقف هذا اذا كان الدين حالا فان كان مؤجلا نفذ البيع في ظاهر الرواية لان المانع من النفاذ هو التعلق عن التضييق ولم يوجد ثم اذا حل الاجل فان كانت ديونهم مثل الثمن أو أقل أخذوا منه وان كانت ديونهم أكثر من الثمن ضمنوا المولى الى تمام قيمة العبد وروى عن محمد رحمه الله في النوادر انه لا ينفذ بيع المولى لوجود أصل التعليق هذا اذا كان العبد قائما في يد المشتري فان كان هالكا فالغرماء بالخيار ان شاءوا ضمنوا المولى وان شاءوا ضمنوا المشتري قيمة العبد لان كل واحد منهما غاصب لخصم فكان لهم تضمين أيهما شاءوا فان اختاروا تضمين المولى تغذيه لانه خالص ملكه فيه عند البيع باختيار الضمان فكأنهم باعوه منه ثمن هو قدر قيمته واشتراه منهم به حتى لو وجد المشتري به عيبا بعد هلاكه له ان يرجع بالنقصان على المولى والمولى ان يرجع به على الغرماء وان اختاروا تضمين المشتري بطل البيع لانه يمكن تملكه منه بالضمان فبطل واسترد الثمن ولو لم يملك العبد في يد المشتري ولكن غاب المولى فان وجدوه ضمنوه القيمة وان لم يجدوه فلا خصومة بينهم وبين المشتري عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله هذا وما اذا كان المولى حاضرا أسواء والله أعلم بالصواب هذا الذي ذكرنا حكم تعلق الدين بالرقبة عند الاقرار فاما حكم تعلقه عند الاجتماع بان اجتمع الدين والجناية فتقول وبالله التوفيق اذا اجتمع الدين والجناية بان قتل العبد المأذون رجلا خطأ وعليه دين لا يبطل الدين بالجناية لان حكم الجناية في الأصل وجوب الدفع وله سبيل الخروج عنه بالقضاء أو التخيير بين الدفع والقضاء وهذا لا ينافي الدين لانه يمكن دفعه متعلقا بقربته بالدين وكذا لا ينافيه القضاء لا شك فيه فان اختار الدفع فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان حضر أصحاب الدين والجناية معاً واما ان حضر أصحاب الجناية واما ان حضر أصحاب الدين فان حضر أصحاب الدين والجناية جميعاً يدفع العبد الى أولياء الجناية ثم يبيعه القاضي للغرماء في دينهم فان اذاد فعناه بالجناية فتقدر اعيانهم أصحاب الجناية بالدفع اليهم وراعيانهم الغرماء بالبيع بدنيهم واذا دفعناه الى أصحاب الدين أبطلنا حق أصحاب الجناية لتعذر الدفع بعد البيع اذ الثابت للمشتري ملك جديد خال عن الجناية فكانت البداية بالجناية مراعاة للحقين من الجانبين فكان أولى ثم في الدفع الى أصحاب الجناية ثم البيع بالدين فائدة وهي الاستخلاص بالقضاء لان الناس في أعيان الاشياء غائب ما ليس في ابدائها واذا دفعه المولى الى أصحاب الجناية فالقياس ان يضمن قيمته للغرماء لانه يصير ملكا لهم بالدفع فكان الدفع منه تملكيا منهم بمنزلة البيع وفي الاستحسان لا يضمن لان الدفع واجب عليه ومن أتى بفعل واجب عليه لا يضمن لان الضمان نعه عن اقامة الواجب فيتناقض ثم اذا دفعه اليهم فيبيع للغرماء فان فضل عن دينهم شيء من الثمن صرف الى أصحاب الجناية لان العبد صار ملكا لهم بالدفع اليهم وانما يبيع على ملكهم الا ان أصحاب الدين أولى بثمنه بقدر دينهم فبقى الفاضل من دينهم على ملك أصحاب الجناية كما اذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضي للغرماء وفضل من ثمنه شيء ان الفاضل يكون للمولى كذا هذا ولودفعه المولى الى أصحاب الدين بدنيهم ان كان عالماً بالجناية لزمه الارش لانه صار مختاراً للقضاء وان لم يكن عالماً يلزمه قيمة العبد لان الواجب الاصل دفع عين العبد وانما القضاء للخروج عنه بطريق الرخصة على ما بينا والدفع من غير علم لا يصلح دليل اختيار القضاء فبقى دفع العين واجبا وقد تعدد دفع عينه بالدفع الى أصحاب الدين فيجب دفع قيمته اذ هو دفع العين معنى وان حضر أصحاب الجناية أولا فكذلك يدفع العبد اليهم ولا

ينتظر حضور الغرماء لانهم لو كانوا حضورا لكان الحكم هكذا فلا معنى للانتظار وان حضر أصحاب الدين أولا فان كان القاضي عالما بالجناية لا يبيعه في ديونهم لان في البيع ابطال حق أصحاب الجناية وان لم يكن عالما بها فباعه بطل حق أصحاب الجناية حتى لو حضر وابتعد ذلك لضمان على القاضي ولا على المولى اما القاضي فلانه لا عهدته تلزم القاضي فيما فعله لكونه أمينا واما المولى فلانه باعه بامر القاضي فكان مضافا الى القاضي ولو كان باعه بغير اذن القاضي فان باعه مع علمه بالجناية يلزمه الارش لانه صار مختارا للقداء وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمة العبد ومن الارش لما بينا والله تعالى اعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده فنقول ان الاذن بالتجارة يبطل بضده وهو الحجر فيحتاج الى بيان ما يصير العبد به محجورا وذلك أنواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها الى العبد اما الذي يرجع الى المولى فثلاثة أنواع صريح ودلالة وضرورة والصريح نوعان خاص وعام أما العام فهو الحجر باللسان على سبيل الاشهار والاشاعة بان يحجره في أهل سوقه بالنداء بالحجر وهذا النوع من الحجر يبطل به الاذن الخاص والعام جميعا لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان محتملا للبطلان والشيء يبطل بمثله وبما هو فوقه وأما الخاص فهو ان يكون بين العبد وبين المولى ولا يكون على سبيل الاستفاضة والاشهار وهذا النوع لا يبطل به الاذن العام لان الشيء لا يبطل بما هو دونه ولان الحجر اذا لم يشتهر فالناس يعاملونه بناء على الاذن العام ثم يظهر الحجر فيلحقهم ضرر الغرور وهو اتلاف ديونهم في ذمة المفلس ومعنى التعزير لا يتحقق في الاذن العام لان الناس يمتنعون عن معاملته فلا يلحقهم ضرر الغرور ويبطل به الاذن الخاص لان الحجر صحيح في حقهما حسب صحة الاذن فجاز ان يبطل به لان الشيء يحتمل البطلان بمثله ومن شرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فان لم يعلم لا يصير محجورا لان الحجر منع من تصرف شرعي وحكم المنع في الشرائع لا يلزم الممنوع الا بعد العلم كما في سائر الاحكام الشرعية ولو أخبره بالحجر رجلا أو رجلا وامرأتان عدلا كان أو غير عدل صار محجورا بالاجماع وكذلك اذا أخبره واحد عدل رجلا كان أو امرأة حراً كان أو عبدا أو أخبره واحد غير عدل وصدقه لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدد والعدالة والذكورة والحرية اذا صدقه فيه وأما اذا كذبه فلا يصير محجورا عند أبي حنيفة رحمه الله وان ظهر صدق الخبر وعندهما يصير محجورا صدقه أو كذبه اذا ظهر صدق الخبر ولو كان الخبر رسولا يصير محجورا بالاجماع صدقه أو كذبه ولو اشترى المأذون عبدا فأذن له بالتجارة فحجر المولى على أحدهما فان حجر على الاسفل لم يصح سواء كان على الاعلى دين أو لم يكن لانه مأذون من جهة الاعلى لا من جهة المولى وان حجر على الاعلى ينظر ان لم يكن عليه دين لا يصير الاسفل محجورا عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فهما عبدان مملوكان للمولى فيصير كانه أذن لهما ثم حجر على أحدهما ولو كان كذلك ينحجر أحدهما بحجر الآخر كذا هذا وان كان على الاعلى دين يصير محجورا عند أبي حنيفة وعندهما لا يصير محجورا بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المدينون عنده وعندهما يملك (وجهه) البناء انه لما لم يملك عبده وقد استفاد الاذن من جهة الاعلى لا من جهة المولى صار حجر الاعلى كوته ولومات لصار الثاني محجورا كذا هذا ولما ملك عندهما صار الجواب في هذا وفي الاول سواء والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب وأما الدلالة فأنواع منها البيع وهو ان يبيعه المولى ولا دين عليه لانه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جسد فيزول اذن البائع لزوال ملكه ولم يوجد الاذن من المشتري فيصير محجورا ومنها الاستيلاء بان كان المأذون جارية فاستولدها المولى استحسانا والقياس ان لا يبطل به الاذن لانها قادرة على التصرف بعد الاستيلاء (وجهه) الاستحسان ان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق وأمهاات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات فكان الاستيلاء حجرا دلالة وأما التدبير فلا يكون حجرا لانه لا ينفي الاذن اذا اذن اطلاق والتدبير لا يتنافيه ومنها الخوفا بدار الحرب مرتدا لان الردة مع الحق توجب زوال الملك وهذا يمنع بقاء الاذن فكان حجر ادلالة فان لم يلحق بدار الحرب فعلى قياس قول أبي

حنيفة رضى الله عنه ينبغي ان يقب نصرف المأذون بعد الردة وعلى قياس قولهما بنفذ والله تعالى أعلم بالصواب وأما الضرورة فأنواع أيضا منها موته لان الموت مبطل للملك وبطلان الملك يوجب بطلان الاذن على ما بينا ومنها جنونه جنونا مطبقا لان أهلية الاذن شرط بقاء الاذن لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء ثم ابتداء الاذن لا يصح من غير الالاهل فلا يبقى أيضا والجنون المطبق مبطل للاهلية فصار محجورا فان أفاق يعود مأذونا لان بطلان الاذن لبطلان الاهلية مع احتمال العود فاذا أفاق عادت الاهلية فعاد مأذونا وصار كالموكل اذا أفاق بعد جنونه انه يعود الوكالة كذا هذا وأما الاعماء فلا يوجب الحجر لانه لا يبطل الاهلية لكونه على شرف الزوال ساعة فساعة عادة ولهذا لا يمنع وجوب سائر العبادات وأما الذي يرجع الى العبد فانواع أيضا منها باقية لانه بالابق تنقطع منافع تصرفه عن المولى فلا يرضى به المولى وهذا ينافى الاذن لان نصرف المأذون برضا المولى ومنها جنونه جنونا مطبقا لانه مبطل أهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود الا على سبيل الندرة والما هو مبني عليه وهو العقل فلم يكن في بقاء الاذن فائدة فيبطل ولو أفاق بعد ذلك لا يعود مأذونا بخلاف الموكل والله سبحانه وتعالى علم وأما الجنون الذي هو غير مطبق فلا يوجب الحجر لان غير المطبق منه ليس بمبطل للاهلية لكونه على شرف الزوال فكان في حكم الاعماء ومنها رده عند أبي حنيفة وعندهما لا توجب الحجر بناء على وقوف تصرفاته عنده ونفوذها عندها ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا لان المحقوق بدار الحرب مرتدا بمنزلة الموت فكان مبطلا للاهلية فيصير محجورا لكن عند أبي حنيفة رحمه الله من وقت الردة وعندهما من وقت المحوق والله تعالى أعلم

فصل في وأما حكم الحجر فهو ان الحجر العبد في حق المولى عن كل تصرف كان يملكه بسبب الاذن فلا يملك الاقرار بالدين اذا لم يكن في يده مال لان حجة اقرار المأذون بالدين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا ولا يملك التجارة فلا يملك الاقرار بما هو من ضروراتها في حق المولى لكن يتبع به بعد العتاق لان اقراره صحيح في نفسه لصدوره من الالاهل لكن لم يظهر للحال لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فيظهر وان كان في يده مال ينفذ اقراره فيما في يده عند أبي حنيفة وعندهما لا ينفذ لانه اقرار المحجور فكيف ينفذ ولا يرضى الله عنه انه غير محجور فيما في يده ولم يصح الحجر في حق ما في يده لانه لو صح لتبادر الموالى الى حجر عبيدهم المأذونين في التجارة اذا علموا ان عليهم ديننا لتسلم لهم اكسابهم التي في أيديهم وقد لا يكون للفرمانينة على ذلك فيتضرر به الفرمان لتعلق ديونهم بدمه العبد المفلس فكان اقراره فيما في يده من المال من ضرورات التجارة فاشبه اقرار المأذون بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان الحجر من المولى للوصول الى الكسب فاذا لم يكن في يده كسب فلا يحجر فهو الفرق بين الفصلين ولو ظهر عليه الدين بالينة أو المعاينة وفي يده كسب فحجره المولى لاسبيل للمولى على الكسب لان حق الفرمان متعلق به ويملك الاقرار على نفسه بالحدود والقصاص صدقه المولى أو كذبه لانه لا ملك للمولى في نفسه في حق الحدود والقصاص فاستوى فيه تصديقه وتكذيبه ولا يحتاج في اقامتها الى حضور المولى بالاجماع وفيما اذا ثبت ذلك بينة قامت عليه اختلاف ذكرناه فيما قبل والمحجور في الجناية عمدا أو خطأ والمأذون سواء وموضع معرفة حكم جنايتهما كتاب الديات وسند كره فيه ان شاء الله تعالى

كتاب الاقرار

الكلام في هذا الكتاب يقع في موضعين بيان ركن الاقرار وفي بيان الشرائط التي يصير الركن بها اقرارا شرعا وفي بيان ما يصدق المقر فيما ألحق باقراره من القرائن ما لا يكون رجوعا حقيقة وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا عنه وفي بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده أما ركن الاقرار فنوعان صريح ودللة فالصريح نحو أن يقول لقان على ألف درهم لان كلمة على كلمة ايجاب لغة وشرعا قال الله تبارك وتعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وكذا اذا قال

لرجل لي عليك ألف درهم فقال الرجل نعم لأن كلمة نعم خرجت جواباً للكلامه وجواب الكلام اعادته له لغة كانه قال لك على ألف درهم وكذلك اذا قال لفلان في ذمتي ألف درهم لأن ما في الذمة هو الدين فيكون اقراراً بالدين ولو قال لفلان قبلي ألف درهم ذكر القدوري رحمه الله أنه اقرار بامانة في يده وذكر الكرخي رحمه الله أنه يكون اقراراً بالدين وجهه ما ذكره الكرخي أن القبالة هي الكفالة قال الله سبحانه وتعالى عز من قائل والملائكة قبيلاً أي كفيلاً والكفالة هي الضمان قال الله تبارك وتعالى وكفلها زكريا على قراءة التخييف أي ضمن التيسام بأمرها وجهه ما ذكره القدوري رحمه الله أن القبالة تستعمل بمعنى الضمان وتستعمل بمعنى الامانة فان محمداً رحمه الله ذكر في الاصل أن من قال لاحق لي على فلان يبرأ عن الدين ومن قال لاحق لي عند فلان أو معه يبرأ عن الامانة ولو قال لاحق لي قبله يبرأ عن الدين والامانة جميعاً فكانت القبالة محتملة للضمان والامانة والضمان لم يعرف وجوبه فلا يجب بالاحتمال ولو قال له في دراهمي هذه ألف درهم يكون اقراراً بالشركة ولو قال له في مالي ألف درهم ذكر في الاصل أن هذا اقرار له ولم يذكر أنه مضمون أو امانة واختلف المشايخ فيه قال الجصاص رحمه الله أنه يكون اقراراً بالشركة له كما في الفصل الاول لأنه جعل ماله ظرفاً للمقر به وهو الألف فيقتضي الخلط وهو معنى الشركة وقال بعضهم ان كان ماله محصوراً يكون اقراراً بالشركة وان لم يكن محصوراً يكون اقراراً بالدين فظاهر اطلاق الكتاب يدل على الاقرار بالدين كيف ما كان لأن كلمة الظرف في مثل هذا تستعمل في الوجوب قال النبي عليه الصلاة والسلام في الرقعة ربع العشر وفي خمس من الأبل السائمة شاة وفي الركاخ الخمس ولو قال له في مالي ألف درهم لا يكون اقراراً بل يكون هبة لأنه ليس فيه ما يدل على الوجوب في الذمة لأن اللام المضاف الى أهل الملك للتملك والتملك بغير عوض هبة وإذا كان هبة فلا يملكها الا بالقبول والتسليم ولو قال له في مالي ألف درهم لاحق له فيها فهو اقرار بالدين لأن الألف التي لاحق له فيها لا تكون ديناً اذ لو كانت هبة لكان له فيها حق ولو قال له عندي ألف درهم فهو ودعة لأن عندي لا تدل على الوجوب في الذمة بل هي كلمة حضرة وقرب ولا اختصاص لهذا المعنى بالوجوب في الذمة فلا يثبت الوجوب الا بدليل زائد وكذلك لو قال لفلان معي أو في منزلي أو في بيتي أو في صندوقي ألف درهم فذلك كله ودعة لأن هذه الألفاظ لا تدل الا على قيام اليد على المذکور وإذا لا يقتضي الوجوب في الذمة لا محالة فلم يكن اقراراً بالدين فكانت ودعة لأنها في متعارف الناس تستعمل في الودائع فعند الاطلاق تصرف اليها ولو قال له عندي ألف درهم عارية فهو فرض لأن عندي تستعمل في الامانات وقد فسر بالعارية وعارية الدراهم والدنانير تكون قرضاً لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها واعارة مالا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه يكون قرضاً في المتعارف وكذلك هذا في كل ما يكال أو يوزن لتعذر الانتفاع بها بدون الاستهلاك فكان الاقرار باعارتها اقراراً بالقرض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الدلالة فهي أن يقول له رجل لي عليك ألف فيقول قد قضيتها لأن القضاء اسم لتسليم مثل الواجب في الذمة فيقتضي ساقية الوجوب فكان الاقرار بالقضاء اقراراً بالوجوب ثم يدعى الخروج عنه بالقضاء فلا يصح الا بالينة وكذلك اذا قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال اتزنها لأنه أضاف الاتزان الى الألف المدعاة والانسان لا يأمر المدعى باتزان المدعى الا بعد كونه واجبا عليه فكان الامر بالاتزان اقراراً بالدين دلالة وكذلك اذا قال انتقدها لما قلنا ولو قال آتزن أو أنتقدم يكن اقراراً لأنه لم توجد الاضافة الى المدعى فيحتمل الامر باتزان شيء آخر فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذا اذا قال أجلي بها لان التأجيل تأخير المطالبة مع قيام أصل الدين في الذمة كالدين المؤجل والله تعالى أعلم ولو قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال حقاً يكون اقراراً لان معناه حققت فيما قلت لان انتصاب المصدر لا بد له من اظهار صدره وهو الفعل ويحتمل أن يكون معناه قل حقاً أو اؤزم حقاً ولكن الاول أظهر وكذلك اذا قال الحق لأنه تعريف المصدر وهو قوله حقاً وكذلك لو قال صدقاً أو الصدق أو يقيناً أو اليقين لما قلنا ولو قال برا أو البر لا يكون اقراراً لان لفظة البر مشترك تذكراً على ارادة الضد وتذكراً على ارادة التقوى وتذكراً على ارادة الخير فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذلك لو قال صلاحاً أو

الصالح لا يكون اقرار الان لفظة الصالح لا تكون بمعنى التصديق والاقرار فانه لو صرح وقال له صلحت لا يكون تصديقاً فيحمل على الامر بالصالح والاجتناب عن الكذب هذا اذا ذكر لفظة مفردة من هذه الالفاظ الخمسة فان جمع بين لفظتين متجانستين أو مختلفتين فحكمه يعرف في اقرار الجامع ان شاء الله تعالى ثم ركن الاقرار لا يخلو اما أن يكون مطلقاً واما أن يكون ملحقاً بقرينة فالمطلق هو قوله لفلان على كذا وما يجري مجراه خالياً عن القرائن (وأما) الملحق بالقرينة فبيانها يشتمل على فصل بيان ما يصدق للمقرقياً الحق باقراره من القرائن ما لا يكون رجوعاً وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعاً فنقول القرينة في الاصل نوعان قرينة مغيرة من حيث الظاهر مبنية على الحقيقة وقرينة مبنية على الاطلاق أما القرينة المغيرة من حيث الظاهر والمبنية على الحقيقة فهي المسقطه لاسم الجملة فيعتبر بها الاسم لكن يتبين بها المراد فكان تغيير الصورة تبييناً معني (وأما) القرينة المغيرة فتتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل في أصل الاقرار ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدره وكل ذلك قد يكون متصلاً وقد يكون منفصلاً أما الذي يدخل على أصل الاقرار فنحو التعليق بمشيئة الله تعالى متصلاً باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم ان شاء الله تعالى وهذا يمنع صحة الاقرار أصلاً لان تعليق بمشيئة الله تبارك وتعالى يكون الالف في الذمة أمراً لا يعرف ان شاء كان وان لم يشأ لم يكن فلا يصح الاقرار مع الاحتمال ولان الاقرار اخبار عن كائن والكائن لا يحتمل تعليق كونه بالمشيئة فان الفاعل اذا قال أنا فاعل ان شاء الله تعالى يستحق ولهذا أبطلنا القول بالاستثناء في الايمان والله تعالى أعلم بالصواب وكذا اذا علمته بمشيئة فلان لا يصح الاقرار لما قلنا ولو أقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار لما ذكرنا أن الاقرار اخبار عن ثابت في الذمة وشرط الخيار في معنى الرجوع والاقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع (وأما) الذي يدخل على وصف المقر به فان كان متصلاً باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم وديعة يصح ويكون اقراراً بالوديعة وان كان منفصلاً عنه بان سكت ثم قال عنيته به الوديعة لا يصح ويكون اقراراً بالدين لان بيان المغير لا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء وهذا لان قوله لفلان على ألف درهم اخبار عن وجوب الالف عليه من حيث الظاهر ألا ترى أنه لو سكت عليه لكان كذلك فان قرن به قوله وديعة وحكمها وجوب الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الي وجوب الحفظ فكان بيان تفسير من حيث الظاهر فلا يصح الا موصولاً كالاستثناء وانما يصح موصولاً لان قوله على ألف درهم يحتمل وجوب الحفظ أي على حفظ ألف درهم وان كان خلاف الظاهر فيصح بشرط الوصل ولو قال على ألف درهم وديعة قرضاً أو مضارباً قرضاً أو بضاعة قرضاً أو قال ديناً مكان قوله قرضاً فهو اقرار بالدين لان الجمع بين اللفظين في معناهما ممكن لجواز أن يكون أمانة في الابتداء ثم يصير مضموناً في الانتهاء اذا الضمان قد يطرأ على الأمانة كالوديعة المستهلكة ونحوها سواء وصل أو فصل لان الانسان في الاقرار بالضمان على نفسه غير متمم (وأما) الذي يدخل على قدر المقر به فنوعان أحدهما الاستثناء والثاني الاستدراك أما الاستثناء في الاصل فنوعان أحدهما أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والثاني أن يكون من خلاف جنسه وكل واحد منهما نوعان متصل ومنفصل فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه والاستثناء متصل فهو على ثلاثة أوجه استثناء القليل من الكثير واستثناء الكثير من القليل واستثناء الكل من الكل أما استثناء القليل من الكثير فنحو أن يقول على عشرة دراهم الاثلاثة دراهم ولا خلاف في جوازه ويلزمه سبعة دراهم لان الاستثناء في الحقيقة تكلم بالباقي بعد الثبوت كانه قال لفلان على سبعة دراهم الا أن للسبعة اسمان أحدهما سبعة والاخر عشرة الاثلاثة قال الله تبارك وتعالى فليتب فيهم ألف سنة الا خمسين عاماً معناه أنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاماً وكذلك اذا قال لفلان على ألف درهم سوى ثلاثة دراهم لان سوى من الالفاظ الاستثناء وكذا اذا قال غير ثلاثة لان غير بالنصب للاستثناء فان قال لفلان على درهم غير دنانق يلزمه خمسة دنانق ولو قال غير دنانق بالرفع يلزمه درهم تام (وأما) استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على تسعة دراهم الا عشرة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم

الا ما روى عن أبي يوسف رحمه الله لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة
 رحمهم الله ان الاستثناء نكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء
 الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم
 الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكن بحتمل الوقوع
 في الجملة فيصح (وأما) استثناء الكل من الكل بان يقول لقفلان على عشرة دراهم الا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة
 كاملة لان هذا ليس باستثناء اذ هو نكلم بالخاص بعد الثنيا ولا حاصل ههنا بعد الثنيا فلا يكون استثناء بل يكون ابطالا
 للكلام ورجوعا عما نكلم به والرجوع عن الاقرار في حق العباد لا يصح فبطل الرجوع وبقي الاقرار ولو قال لقفلان
 على عشرة دراهم الا درهما زائفا لا يصح الاستثناء عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه عشرة جياذ وقال أبو يوسف
 يصح وعليه عشرة جياذ للمقر له وعلى المقر درهم زائف للمقر بناء على أن الاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن المقاصة
 لا تقف على صفة الجودة بل تقف على الوزن وعند أبي يوسف لا تتحقق المقاصة الا بهما جميعا ووجه البناء على
 هذا الاصل أنه لو صح الاستثناء لوجب على المقر درهم زائف وحينئذ تقع المقاصة لان اختلاف صفة الجودة لا تمنع
 المقاصة عنده واذا وقعت المقاصة يصير المستثنى درهما جيدا لا زائفا وهذا خلاف موجب تصرفه فلم يصح الاستثناء
 وعند أبي يوسف رحمه الله لما كان اتحادهما في صفة الجودة شرطا لتحقيق المقاصة ولم يوجد ههنا لا تقع المقاصة واذا لم تقع
 كان الواجب على كل واحد منهما اداء ما عليه فلا يؤدي الى تغيير موجب الاستثناء فيصح الاستثناء والصحيح
 أصل أبي حنيفة رضي الله عنه لان الجودة في الاموال الربوية ساقطة الا اعتبار شرعا لقول النبي عليه الصلاة والسلام
 جيدها ورديها سواء والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء ولو انعدمت حقيقة لوقعت المقاصة كذا اذا انعدمت
 شرعا ولو قال لقفلان على عشرة دراهم الا درهم يستوق فقياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انه يصح
 الاستثناء وعليه عشرة دراهم الا قيمة درهم يستوق وقياس قول محمد وزفر رحمهما الله انه لا يصح الاستثناء أصلا وعليه
 عشرة كاملة بناء على أن المجانسة ليست بشرط لصحة الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما الرحمة وعند محمد
 وزفر شرط على ما سنده ان شاء الله تعالى ولو قال لقفلان على ألف الا قليلا فعليه أكثر من نصف ألف والقول
 في الزيادة على الخمائة قوله لان القليل من أساء الاضافة فيقتضي أن يكون ما يقابله أكثر منه ليكون هو بالاضافة اليه
 قليلا فاذا استثنى القليل من ألف فلا بد وأن يكون المستثنى منه أكثر من المستثنى وهو الاكثر من نصف ألف
 ولهذا قال بعض أهل التأويل في قوله تبارك وتعالى يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا ان استثناء القليل من الامر بقيام
 الليل يقتضي الامر بقيام أكثر الليل والقول في مقدار الزيادة على نصف ألف قوله لانه المحمل في قدر الزيادة فكان
 البيان اليه وكذلك اذا قال الاشياء لان الاستثناء بلفظة شيء لا يستعمل الا في القليل هذا اذا كان المستثنى من جنس
 المستثنى منه فان كان من خلاف جنسه ينظر ان كان المستثنى مما لا يثبت دين في الذمة مطلقا كالثوب لا يصح الاستثناء
 وعليه جميع ما أقر به عندنا بأن قال له على عشرة دراهم الا ثوبا وعند الشافعي رحمه الله يصح ويلزمه قدر قيمة الثوب
 وان كان المستثنى مما يثبت دين في الذمة مطلقا من المكيل والموزون والعددي المتقارب بان قال لقفلان على عشرة الا
 درهم أو الاقفر حنطة أو مائة دينار الا عشرة دراهم أو دينار الا مائة جوزة يصح الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 رضي الله عنهما وي طرح مما أقر به قدر قيمة المستثنى وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح الاستثناء أصلا (أما) الكلام
 مع الشافعي رحمه الله في المسألة الاولى فوجه قول الشافعي رحمه الله أن لنص الاستثناء حكما على حدة كمال نص
 المستثنى منه من النفي والاثبات لان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي لغة فقوله لقفلان على عشرة دراهم
 الا درهما معناه الا درهم فانه ليس على فيصير دليل النفي معارضا لدليل الاثبات في قدر المستثنى ولهذا قال ان الاستثناء
 يعمل بطريق المعارضة فصار قوله لقفلان على ألف درهم الا ثوبا أي الا ثوبا فانه ليس على من ألف ومعلوم ان عين

الثوب من الالف ليس عليه فكان المراد قدر قيمته أى مقدار قيمة الثوب ليس على من الالف وجه قول أصحابنا
رضى الله عنهم أنه لا حكم لنص الاستثناء الا ببيان أن القدر المستثنى لم يدخل تحت المستثنى منه أصلاً لان أهل اللغة
قالوا ان الاستثناء نكاح بالباقي بعد الثنا وانما يكون تكليماً بالباقي اذا كان ثابتاً فكان انعدام حكم نص المستثنى منه
فى المستثنى لا انعدام تناول اللفظ اياه لا للمعارضة مع ما أن القول بالمعارضة فاسد لوجود أحدهما ان الاستثناء مقارن
للمستثنى منه فكانت المعارضة مناقضة والثانى أن المعارضة انما تكون بدليل قائم بنفسه ونص الاستثناء ليس
بنص قائم بنفسه فلا يصلح معارضة الا أن يزداد عليه قوله الا كذا فإنه كذا وهذا تغيير ومهما أمكن العمل بظاهر اللفظ
من غير تغيير كان أولى والثالث أن القول بالمعارضة يكون رجوعاً عن الاقرار والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد
لا يصح كما اذا قال له على عشرة دراهم وليس له على عشرة دراهم واذا كان ينافى معنى البيان لا يتحقق الا اذا كان المستثنى
من جنس المستثنى منه ما فى الاسم أو فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق ولم يوجد ههنا على ما ذكره ان شاء الله
تعالى وقولهم الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي امات محمول على الظاهر اذ هو فى الظاهر كذلك دون الحقيقة لانه
نحقق معنى المعارضة وهى محال على ما ذكرناه وجه حالته فيكون بياناً حقيقته ثباً أو ثباً نائماً بين النقلين بقدر الامكان
والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الكلام فى المسألة الثانية فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن الاستثناء
استخراج بعض ما لولا له لدخل تحت نص المستثنى منه وذلك لا يتحقق الا فى الجنس ولهذا لو كان المستثنى ثوباً لم يصح
الاستثناء وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الداخل تحت قوله لفلان على عشرة دراهم عشرة موصوفة بانها واجبة
مطلقاً مسماة بالدراهم فان لم يمكن تحقيق معنى المجانسة فى اسم الدراهم أمكن تحقيقها فى الوجوب فى الذمة على الاطلاق
لان الحنطة فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق من جنس الدراهم ألا ترى أنها تجب ديناً موصوفة فى الذمة
حالا بالاستقراض والاستهلاك كما تجب سلماً وتمناً حالاً كالدرهم (فاما) الثوب فلا يحتل الوجوب فى الذمة
على الاطلاق بل سلماً أو تمناً مؤجلاً (فاما) ما لا يحتل استقراضاً واستهلاكاً وتمناً مؤجلاً فامكن تحقيق
معنى المجانسة بينهما فى وصف الوجوب فى الذمة على الاطلاق ان لم يكن فى اسم الدراهم فامكن العمل بالاستثناء فى
تحقيق معناه وهو البيان من وجهه ولا محانسة بين الثياب والدراهم لافى الاسم ولا فى احتمال الوجوب فى الذمة على
الاطلاق فانه عدم معنى الاستثناء أصلاً فهو الفرق والله تعالى أعلم ولو أقر لا نسان بدار واستثنى بناءه لنفسه فلا يستثناء
باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة فى اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى
من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ونكون الدار مع البناء للمفر له لانه ان لم يكن اسماً عاماً لكنه يتناول هذه
الاجزاء بطريق التضمن كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب
من الحلقة والفص ولكنه يتناول بطريق التضمن وكذا من أقر بسيف لغيره كان له النصل والجفن والحائل لما
قلنا وكذا من أقر بحجلة كان له العيدان والكسوة بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو شيئاً منها انه يصح
الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصيح ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة
لفلان صح لان اسم البناء لا يتناول العرصة اذ هى اسم للبقعة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذى ذكرناه حكم الاستثناء
اذا ورد على الجملة الملقوطة فاما اذا ورد الاستثناء على الاستثناء فالاصل فيه ان الاستثناء الداخل على الاستثناء يكون
استثناء من المستثنى منه لان المستثنى منه أقرب المذكور اليه فيصرف الاستثناء الثانى اليه ويجعل الباقي منه مستثنى من
الجملة الملقوطة وعلى هذا اذا ورد الاستثناء على الاستثناء مرة بعد أخرى وان كثر فالاصل فيه أن يصرف كل استثناء
الى ما يليه لكونه أقرب المذكور اليه فيبدأ من الاستثناء الا خبر فيستثنى الباقي مما يليه ثم ينظر الى الباقي مما يليه ثم
ينظر الى الباقي هكذا الى الاستثناء الاول ثم ينظر الى الباقي منه فيستثنى ذلك من الجملة الملقوطة فما بقى منها فهو القدر
المقر به ببيان هذه الجملة اذا قال لفلان على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون اقراراً بثانية دراهم لا ناصرنا

الاستثناء الاخير الى ما يليه فيق درهما يستثنى من العشرة فيبقى ثمانية والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى خبراً عن
 الملائكة قالوا انا ارسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا المنجوه اجمعين الامر انه قدرنا انهم من الغابرين استثنى الله
 تبارك وتعالى آل لوط من أهل القرية لان حقيقة الاستثناء من الجنس وآل لوط لم يكونوا مجرمين ثم
 استثنى امرأته من آله فبقيت في الغابرين ولو قال لقان على عشرة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما
 يكون اقراراً بسبعة لا ناجعلنا الدرهم مستثنى مما يليه وهي ثلاثة فيق درهما يستثنى من خمسة فيبقى ثلاثة
 استثناء من الجملة الملفوظة فبقي سبعة وكذلك لو قال لقان على عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة
 دراهم الا درهما يكون اقراراً بستة لما ذكرنا من الاصل وهذا الاصل لا يخطئ في ايراد الاستثناء على الاستثناء وان
 كثرت اذا كان الاصل متصلاً بالجملة المذكورة فاما اذا كان منفصلاً عنها بان قال لقان على عشرة دراهم وسكت
 ثم قال الا درهما لا يصح الاستثناء عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم الا ما روى عن عبد الله بن
 عباس رضي الله عنهما انه يصح وبه أخذ بعض الناس ووجهه ان الاستثناء بيان لما ذكرنا فيصح متصلاً ومنفصلاً
 كبيان الجمل والتخصيص للعام عندنا وجه قول العامة ان صيغة الاستثناء اذا انفصلت عن الجملة الملفوظة لا تكون
 كلاماً استثناء لغيره لان العرب ما تكلمت به أصلاً ولو اشتغل به أحد يضحك عليه كمن قال لقان على كذا ثم قال
 بعد شهر ان شاء الله تعالى لا يعد ذلك تعليقاً بالمشيئة حتى لا يصح كذا هذا والرواية عن ابن عباس لا تكاد تصح
 بخلاف بيان الجمل للعام لانهم يتكلمون بذلك مستعملين عندهم متصلاً ومنفصلاً على ما عرف في أصول الفقه والله
 سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا قال أبو حنيفة فيمن قال أنت حر وحران شاء الله تعالى انه لا يصح الاستثناء لان
 تكرير صيغة التحرير لغو فكان في معنى السكت ولو قال لقان على كرحنطة وكرحشعير الا كرحنطة وقثير شعير
 لا يصح استثناء كرحنطة بالاتفاق لا نصراف كرحنطة الى جنسه فيكون استثناء للكل من الكل فلم يصح وهل
 يصح استثناء القثير من الشعير قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح لانه لم يصح استثناء كرحنطة فقد لغا فكانه سكت ثم
 استثنى قثير شعير فلم يصح استثناءه أصلاً والله عز وجل أعلم (وأما) الاستدراك فهو في الاصل لا يخلو من أحد
 وجهين اما أن يكون في القدر واما أن يكون في الصفة فان كان في القدر فهو على ضربين اما أن يكون في الجنس واما أن
 يكون في خلاف الجنس فنحو أن يقول لقان على ألف درهم لا بل ألقان فعليه ألقان استحساناً والقياس أن يكون
 عليه ثلاثة آلاف (وجه) القياس ان قوله لقان على ألف درهم اقرار بالف وقوله لا رجوع وقوله بل استدراك
 والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد غير صحيح والاستدراك صحيح فاشبه الاستدراك في خلاف الجنس وكما
 اذا قال لا مرأته أنت طالق واحدة لا بل اثنتين أنه يقع ثلاث تطليقات ووجه الاستحسان ان الاقرار اخبار والمخبر
 عنه مما يجري الغلط في قدره أو وصفه عادة فتقع الحاجة الى استدراك الغلط فيه فيقبل اذا لم يكن متهماً فيه وهو غير
 متهم في الزيادة على المقر به فتقبل منه بخلاف الاستدراك في خلاف الجنس لان الغلط في خلاف الجنس لا يقع
 عادة فلا تقع الحاجة الى استدراكه وبخلاف مسألة الطلاق أن قوله أنت طالق انشاء الطلاق لغة وشرعاً ولا نشاء
 لا يحمّل الغلط حتى لو كان اخباراً بان قال لها كنت طلقك أمس واحدة لا بل اثنتين لا يقع عليها الا طلاقاً والله
 تعالى أعلم وكذلك اذا قال لقان على كرحنطة لا بل كران ولو قال لقان على ألف درهم لا بل ألف درهم فعليه
 ألقان لانه متهم في النقصان فلا يصح استدراكه مع ما أن مثل هذا الغلط نادر فلا حاجة الى استدراكه لا لتحاقه بالعدم
 (وأما) في خلاف الجنس كما لو قال لقان على ألف درهم لا بل مائة دينار أو لقان على كرحنطة لا بل كرحشعير لزمه الكل
 لما بينا أن مثل هذا الغلط لا يقع الا نادراً والنادر ملحق بالعدم هذا اذا وقع الاستدراك في قدر المقر به (فاما) اذا وقع في
 صفة المقر به بان قال لقان على ألف درهم بيض لا بل سود ينظر فيه الى أرفع الصفتين وعليه ذلك لانه غير متهم في زيادة
 الصفة متهم في النقصان فكان مستدركاً في الاول راجعاً في الثاني فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما في الالف

والألفين والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا رجع الاستدراك إلى المقر به فاما إذا رجع إلى المقر له بان قال هذه ألف فلان لا بل فلان وادعاها كل واحد منهما يدفع إلى المقر له الأول لأنه لما أقر به الأول صح إقراره له فصار واجب الدفع إليه فتقوله لا بل فلان رجوع عن الإقرار الأول فلا يصح رجوعه في حق الأول ويصح إقراره به الثاني في حق الثاني ثم إن دفعه إلى الأول بغير قضاء القاضي يضمن للثاني لأن إقراره به الثاني في حق الثاني صحيح إن لم يصح في حق الأول وإذا صح صار واجب الدفع إليه فإذا دفعها إلى الأول فقد أتلفها عليه فيضمن وإن دفعها إلى الأول بقضاء القاضي لا يضمن لأنه لو ضمن لا يخلو أما أن يضمن بالدفع (وأما) أن يضمن بالإقرار لا سبيل إلى الأول لأنه مجبور في الدفع من جهة القاضي فيكون كالمكره ولا سبيل إلى الثاني لأن الإقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان يدفع إلى الأول ويضمن للثاني سواء دفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء بخلاف المسئلة الأولى (ووجهه) الفرق أن الغصب سبب لجوب الضمان فكان الإقرار به إقرار بوجود سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز وقد عجز عن رد العين إلى المقر له الثاني فيلزمه رد قيمته بخلاف المسئلة الأولى لأن الإقرار بملك الغير للغير ليس بسبب لجوب الضمان لانعدام الاتلاف وإنما التلّف في تسليم مال الغير إلى الغير باختياره على وجه يعجز عن الوصول إليه فلا جرم إذا وجد يجب الضمان وكذلك لو قال هذه ألف فلان أخذتها من فلان أو أقرضتها فلان وادعاها كل واحد منهما فهي للمقر له الأول ويضمن للذي أقر أنه أخذ منه أو أقرضه ألقامه لأنه لا أخذ والقرض كل واحد منهما سبب لجوب الضمان فكان الإقرار بهما إقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيرد ألف القائمة إلى الأول لصحة إقراره بهاله ويضمن للثاني ألفاً أخرى ضماناً للأخذ والقرض ولو قال أودعني فلان هذه ألف لا بل فلان يدفع إلى المقر له الأول لما بينا ثم إن دفع إليه بغير قضاء القاضي يضمن للثاني بالاجماع وإن دفع بقضاء القاضي فعند أبي يوسف لا يضمن وعند محمد يضمن (وجهه) قول محمد رحمه الله إن إقراره بالإيداع من الثاني صحيح في حق الثاني فوجب عليه الحفظ بموجب العقد وقد فوته بالإقرار للأول بل استهلكه فكان مضموناً عليه (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله إن فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع إلى الأول بالإقرار والدفع بقضاء القاضي لا يوجب الضمان لما بينا ولو قال دفع إلى هذه ألف فلان وهي لفان وادعى كل واحد منهما أنها له فهي للدافع لأن إقراره بدفع فلان قد صح فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة إقراره للثاني في حق الأول لكن يصح في حق الثاني ولو قال هذه ألف فلان دفعها إلى فلان فهي للمقر له بالملك ولا يكون للدافع شيء فإذا ادعى الثاني ضمن له ألفاً أخرى لما بينا أن الإقرار بهما لا يوجب الرد إليه وهذا يمنع صحة إقراره للثاني في حق الأول لكنه يصح في حق الثاني ثم إن دفعه إلى الأول بغير قضاء القاضي يضمن وإن دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن والجميع من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولو قال هذه ألف فلان أرسل بها إلى فلان فإنه يردّها على الذي أقر أنها ملكه وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا ولا يصح إقراره للثاني عند أبي حنيفة فرق أبو حنيفة عليه الرحمة بين العين والدين بان قال فلان على ألف درهم قبضتها من فلان فادعاها كل واحد منهما أن عليه لكل واحد منهما ألفاً (وجهه) الفرق أن المقر به للأول هناك ألف في الذمة فيلزمه ذلك بإقراره له ولزمه ألف أخرى لفان بإقراره بقبضتها منه إذ القبض سبب لجوب الضمان فلزمه لفان وهما المقر به عين مشار إليهما فتي صح إقراره بهما لم يصح للثاني وذكر قول أبي يوسف في الأصل في موضعين أحدهما أنه لا ضمان عليه للثاني بحال بانتهاء الرسالة بالوصول إلى المقر وفي الآخر أنه إن دفع بغير قضاء القاضي يضمن فإن قال الذي أقر له أنها ملكه ليست ألف لي وادعاها الرسول لأن إقراره للأول قد ارتد بده وقد أقر باليد للرسول فيؤمر بالرد إليه ولو كان الذي أقر له أنها ملكه غائباً وأراد الرسول أن يأخذها وادعاها لنفسه لم يأخذها كذا روى عن أبي يوسف لأن رسالته قد انتهت بالوصول إلى المقر ولو أقر إلى خياط فقال هذا الثوب أرسله إلى فلان لا قطعه قميصاً وهو لفان فهو للذي

أرسله إليه وليس للثاني شيء لأنه أقرب باليد للمرسل فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة إقراره بالملك الثاني كما إذا قال دفع إلى هذه الالف فلان وهي لفان على ما بينا ولو قال الخياط هذا الثوب الذي في يدي لفان أرسله إلى فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذي أقر له أول مرة ولا يضمن للثاني شيئاً في قياس قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يضمن بناء على أن الجائر المشترك لا ضمان عليه فيما هلك في يده عنده فاشبهه الوديعة وعندهما عليه الضمان فاشبهه الغصب والله سبحانه وتعالى العليم

فصل (وأما) القرينة المبنية على الإطلاق فهي المعينة لبعض ما يحتمله اللفظ بان كان اللفظ يحتمل هذا وذلك قبل وجود القرينة فإذا وجدت القرينة يتعين البعض مراد باللفظ من غير تغيير أصلاً ثم ينظر إن كان اللفظ يحتملها على السواء يصح بيانه متصلاً كان أو منفصلاً وإن كان لا حدهما ضرب رجحان فن كان اللفظ يحتملها على السواء يصح بيانه متصلاً كان أو منفصلاً لا يصح وإن كان متصلاً يصح إذا لم يضمن الرجوع وإن تضمن معني الرجوع لا يصح إلا بتصديق المقر له وهذا النوع من القرينة أيضاً يتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل على أصل المقر به ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدر المقر به (أما) الذي يدخل على أصل المقر به فهو أن يكون المقر به مجهول الذات بأن قال لفان على شيء أو حق يصح لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار لأن الإقرار أخبار عن كائن وذلك قد يكون معلوماً وقد يكون مجهولاً بأن أتلف على آخر شيئاً ليس من ذوات الأمثال فوجب عليه قيمته أو جرح آخر جراحة ليس لها في الشرع أرش مقدر فأقر بالقيمة والارش فكان الإقرار بالمجهول أخباراً عن المخبر على ما هو به وهو حد الصدق بخلاف الشهادة لأن جهالة المشهود به تمنع القضاء بالشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف الإقرار فيصح ويقال له بين لأنه المحمل فكان البيان عليه قال الله تبارك وتعالى فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه ويصح بيانه متصلاً ومنفصلاً لأنه بيان محض فلا يشترط فيه الوصل كيان الجملة والمشارك لكن لا بد وأن يبين شيئاً له قيمة لأنه أقر بما في ذمته ومالا قيمة له لا يثبت في الذمة ثم إذا بين شيئاً له قيمة فالأمر لا يخلو من أحد وجهين إما أن صدقه في ذلك وادعى عليه زيادة وإما أن كذبه وادعى عليه مالا آخر فإن صدقه فيما بين وادعى عليه زيادة أخذ ذلك القدر المبين وأقام البينة على الزيادة والاحلفه عليها إن أراد لأنه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وإن كذبه وادعى عليه مالا آخر أقام مبينة على مال آخر والاحلفه عليه وليس له أن يأخذ القدر المبين لأنه أبطل إقراره بالكذب وكذلك إذا أقر أنه غصب من فلان شيئاً ولم يبين يلزمه البيان لما قلنا ولكن لا بد وأن يبين شيئاً يتناع في العادة ويقصد بالغصب لأن ما لا يتناع عادة ولا يقصد غصبه نحو كف من تراب أو غيره لا يطلق فيه اسم الغصب وهل يشترط مع ذلك أن يكون مالا متقومًا يختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق لا يشترط وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى يشترط حتى لو بين أنه غصب صبيحاً حراً أو غصب جلد ميتة أو خمر مسلم يصدق عند الأولين ولا يصدق عند الآخرين حتى يبين شيئاً هو مال متقوم (وجه) قول مشايخ العراق إن الحكم الأصلي للغصب وجوب رد المغصوب وهذا لا يتوقف على كون المغصوب مالا متقومًا (وجه) قول مشايخنا إن المغصوب مضمون على الغاصب وله ضمانان أحدهما وجوب رد العين عند القدرة والثاني وجوب قيمتها عند العجز فكان إقراره بغصب شيء إقراراً بغصب ما يحتمل موجباً وهو المال المتقوم ولو بين غصب العقار ذكر القدر ورى رحمه الله أنه يصدق وهذا على قياس قول مشايخ العراق لأن العنار وإن لم يكن مضمون القيمة بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فهو مضمون الرد بالنفاق وعند محمد رحمه الله هو مضمون القيمة أيضاً فاما على قياس قول مشايخنا على قياس قول محمد يصدق (وأما) على قياس قولهما لا يصدق لأنه غير مضمون القيمة بالغصب عندهما والله عز وجل أعلم وعلى هذا إذا قال لفان على مال يصدق في القليل والكثير لأن المال اسم ما يتحمل وذا يقع على القليل والكثير فيصح بيانه متصلاً ومنفصلاً ولو قال لفان على الف ولم يبين فالبيان إليه والله تعالى أعلم بالصواب

فصل في وأما الذي يدخل على وصف المقر به فهو أن يكون المقر به معلوم الأصل مجهول الوصف نحو أن يقول غصب من فلان عبداً أو جارية أو ثوباً من العروض فيصدق في البيان من جنس ذلك سلباً كان أو معيلاً لأن الغصب يرد على السليم والمعيب عادة وقد بين الأصل وأجل الوصف فيرجع في بيان الوصف إليه فيصح متصلاً ومنفصلاً ومتى صح بيانه يلزمه الرد أن قدر عليه وان عجز عنه نلزمه القيمة لأن المعصوب مضمون على هذا الوجه والنول قوله في مقدار قيمته مع يمينه لأنه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع اليمين وكذلك لو أقر أنه غصب من فلان داراً وقال هي بالبصرة يصدق لأنه أجمل المكان فكان القول في بيان المكان إليه فيلزمه تسليم الدار إليه أن قدر عليه وان عجز عنه بان خربت أو قال هي هذه الدار التي في يد زيدوز يدينكر فالقول قول المقر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر ولا يضمن وعند محمد يضمن قيمة الدار بناء على أن العتار غير مضمون القيمة بالغصب عندهما خلا فله فإذا أقر بالف درهم وقال هي ز يوف أو نهرجة فهذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين إما أن أقر بذلك مطلقاً من غير بيان الجهة وإما أن بين الجهة فإن أطلق بان قال لفلان على ألف درهم ولم يذكر له جهة أصلاً وقال هي ز يوف أو نهرجة فإن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق لأن اسم الدراهم اسم جنس يقع على الجياد والزيوف فكان قوله ز يوف بياناً للنوع إلا أنه يصح موصولاً لا مفصلاً لأنها عند الإطلاق تصرف إلى الجياد فكان فصل البيان رجوعاً عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان عندى ألف درهم وقال هي ز يوف أو نهرجة يصدق وصل أو فصل لأن هذا إقرار بالوديعة والوديعة مال محفوظ عند المودع وقد يكون ذلك جيداً وقد يكون ز يوف على حسب ما يودع فيقبل بيانه هذا إذا أطلق ولم يبين الجهة أما إذا بين الجهة بان قال لفلان على ألف درهم ثمن مبيع وقال هي ز يوف أو نهرجة فلا يصدق وإن وصل وعليه الجياد إذا ادعى المقر له الجياد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد أن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق (وجه) قولهما ما ذكرنا آتفاً أن اسم الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد إذ هو اسم جنس والز يافة عيب فيها واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك الجنس لأنه نوع من الجنس لكن عند الإطلاق ينصرف إلى الجياد فيصح بيانه موصولاً لوقوعه تعييناً لبعض ما يحتمله اللفظ ولا يصح مفصلاً لكونه رجوعاً عن الإقرار (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن قوله هي ز يوف بعد النسبة إلى ثمن المبيع رجوع عن الإقرار فلا يصح بيانه أن البيع عقد مبادلة فيقتضي سلامة البدلين لأن كل واحد من العاقدين لا يرضى إلا بالبدل السليم فكان إقراره بكون الدراهم ثمنًا إقراراً بصفة السلامة فأخبره عن الز يافة يكون رجوعاً فلا يصح كما إذا قال بعتك هذا العبد على أنه معيب لا يصدق وإن وصل كذا هذا ولو قال لفلان على ألف درهم قرضاً وقال هي ز يوف فالجواب فيه كالجواب في البيع أن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق بخلاف البيع (وجه) الرواية الأولى أن القرض في الحقيقة مبادلة المال بالمال كالبيع فكان في استدعاء صفة السلامة كالبيع (وجه) الرواية الأخرى أن القرض يشبه الغصب لأنه يتم بالقبض كالغصب ثم بيان الز يافة مقبول في الغصب كذا في القرض ويشبه البيع لأنه تمليك مال بمال فليشبهه بالغصب احتمال البيان في الجملة ولشبهه بالبيع شرطنا الوصل عملاً بالشبهين بقدر الامكان ولو قال غصب من فلان ألف درهم وقال هي ز يوف أو نهرجة يصدق سواء وصل أو فصل وروى عن أبي يوسف أنه لا يصدق إذا فصل والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الغصب في الأجود لا يستدعي صفة السلامة لأنه كما يرد على السليم يرد على المعيب على حسب ما يتفق فكان محتملاً للبيان متصلاً أو منفصلاً لا نعدم معنى الرجوع فيه ولهذا لو كان المقر به غصب عبدان قال غصبت من فلان عبداً ثم قال غصبته وهو معيب يصدق وإن فصل كذا هذا ولو قال أودعني فلان ألف درهم وقال هي ز يوف يصدق بلا خلاف فصل أو وصل لأن الأيداع استحفاظ المال وكما يستحفظ السليم يستحفظ المعيب فكان الأخبار عن الز يافة بياناً محضاً فلا يشترط لصحته الوصل لا نعدم تضمن معنى الرجوع وأبو يوسف رحمه الله على ما روى عنه فرق بين الوديعة وبين الغصب حيث صدقه في الوديعة موصولاً كان البيان أو مفصلاً ولم يصدقه

في الغصب الا موصولا (ووجه) الفرق له أن ضمان الغصب ضمان مبادلة اذ المضمونات تملك عند أداء الضمان فاشبه ضمان المبيع وهو الثمن وفي باب البيع لا يصدق اذا فصل عنده كذا في الغصب (فاما) الواجب في باب الوديعة فهو الحفظ والمعيب في احتمال الحفظ كالسليم فهو الفرق له والله أعلم بالصواب هذا اذا أقر بالdraهم وقال هي زبوف أو نهرجة فاما اذا أقر بها وقال هي ستوقة أو رصاص ففي الوديعة والغصب يصدق ان وصل وان فصل لا يصدق لان الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم الا أنه يسمى بها محازا فكان الاخبار عن ذلك بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء (وأما) في البيع اذا قال ابتعت بالف ستوقة أو رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة فصل أو وصل وهذا لا يشك عندنا لانه لو قال ابتعت بالف زبوف لا يصدق عنده وصل أو فصل فهنا أولى وعند أبي يوسف يصدق ولكن يفسد البيع أما التصديق فلان قوله ستوقة أو رصاص خرج بيانا لوصف الثمن فيصح كما اذا قال بالف بيض أو بالف سود (وأما) فساد البيع فلان تسمية الستوقة في البيع يوجب فسادا كتسمية العروض وروى عن أبي يوسف فيمن قال لفلان على ألف درهم بيض زبوف أو وضح زبوف أنه يصدق اذا وصل ولو قال لفلان على ألف درهم جياذ زبوف أو قديت المال زبوف لا يصدق والفرق ظاهر لان البياض يحتمل الجودة والزيافة اذ البيض قد تكون جياذا وقد تكون زبوا فاحتمل البيان بخلاف قوله جياذ لان الجودة لا تحتمل الزيافة لتضاد بين الصفتين فلا يصدق أصلا وعلى هذا اذا أقر بالف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه فهذا لا يخفى لوم من أحدهما وجهين اما ان ذكر عبد امينا مشارا اليه بان قال ثمن هذا العبد واما ان ذكر عبد من غير تعيين بان قال لفلان على ألف درهم ثمن عبد اشتريته منه ولم يقبضه فان ذكر عبد بعينه فان صدقه في البيع يقال للمقر له ان شئت أن تأخذ ألف فسلم العبد والا فلا شيء لك لان المقر به ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادقهما والبيع يقتضى تسليما بازاء تسليم وان كذبه في البيع وقال ما بعث منك شيئا والعبد عدي ولى عليك ألف درهم بسبب آخر فالعبد للمقر له لانه يدعى عليه البيع وهو ينكر ولا شيء له على المقر من الثمن لان المقر به ثمن المبيع لا غيره ولم يثبت البيع فان ذكر عبد بغير عينه فعليه ألف عند أبي حنيفة ولا يصدق في عدم القبض سواء وصل أم فصل صدقه المقر له في البيع أو كذبه وكان أبو يوسف أولا يقول ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق ثم رجع وقال يسئل المقر له عن الجهة فان صدقه فيها لكن كذبه في القبض كان القول قول المقر سواء وصل أو فصل وان كذبه في البيع وادعى عليه الفأخرى ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهو قول محمد (وجه) قوله الاول ان المقر به ثمن المبيع والمبيع قد يكون مقبوضا وقد لا يكون الا أن الغالب هو القبض فكان قوله لم يقبضه بيانا فيه معنى التغير من حيث الظاهر فيصدق بشرط الوصل كالاستثناء (وجه) قوله الآخر وهو قول محمد ان القبض بعد ثبوت الجهة بتصادقهما يحتمل الوجود والعدم لان القبض لا يلزم في البيع فكان قوله لم يقبضه تعيينا لبعض ما يحتمله كلامه فكان بيانا محضافا ليشترط له الوصل لبيان الحمل والمشارك واذا كذبه يشترط الوصل لانه لو اقتصر على قوله لفلان على ألف درهم لوجب عليه التسليم للحال فاذا قال ثمن عبد لم يقبضه لا يجب عليه التسليم الا بتسليم العبد فكان بيانا فيه معنى التغير فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء (ووجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان قوله لم يقبضه رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بولاية المطالبة للمقر له بالالف ولا تثبت ولاية المطالبة الا بقبض المبيع فكان الاقرار به اقرار بقبض المبيع فقوله لم يقبضه يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان على ألف درهم ثمن خمر أو خنزير فعليه ألف ولا يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يلزمه شيء (وجه) قولهما ان المقر به مما لا يحتمل الوجوب في ذمة المسلم لانه ثمن خمر أو خنزير وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره أصلا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بالف واجب في ذمته وقوله ثمن خمر أو خنزير ابطال لما أقر به لان ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فكان رجوعا فلا يصح ولو قال اشتريت من فلان عبد بالف درهم لكني لم أقبضه يصدق وصل أو فصل لان الشراء قد

يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم أقبض بيانا محضاً فيصح متصلاً أو منفصلاً ولو قال أقرضني فلان ألف درهم ولم أقبض انما طلبت اليه القبض فأقرضني ولم أقبض ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهذا استحسان والقياس أن يصدق وصل أو فصل (وجه) القياس ان المقر به هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الاقرار به اقراراً بالقبض كما لا يكون الاقرار بالبيع اقراراً بالقبض (وجه) الاستحسان ان تمام القرض بالقبض كما ان تمام الايجاب بالقبول فكان الاقرار به اقراراً بالقبض ظاهراً لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله لم أقبض بياناً معنى فلا يصح الا بشرط الوصل كالا ستثناء والاستدراك وكذلك لو قال أعطيتني الف درهم أو ودعتني أو أسلفتني أو أسلمت الي وقال لم قبض لا يصدق ان فصل وان وصل يصدق لان الاعطاء والايداع والاسلاف يستدعي القبض حقيقة خصوصاً عند الاضافة فلا يصح منفصلاً لكن يحتمل العدم في الجملة فيصح متصلاً ولو قال بعثني دارك أو أجرتي أو أعزتي أو وهبتي أو تصدقت علي وقال لم أقبض يصدق وصل أم فصل أما البيع والاجارة والاعارة لان القبض ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الاقرار بها اقراراً بالقبض وأما الهبة والصدقة فلان الهبة اسم للركن وهو التملك وكذلك الصدقة وانما القبض فيهما شرط الحكم ولهذا لو حلف لا يهب ولا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب له والمتصدق عليه يحنث ولو قال قد تني الف درهم أو دفعت الي الف درهم وقال لم أقبض ان فصل لا يصدق بالاجماع وان وصل لا يصدق عند أبي يوسف وعند محمد يصدق وجه قوله ان التقيد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الاداء والتسليم والاعطاء والاسلام ويحتمل الانفصال في الجملة فيصح بشرط الوصل كما في هذه الاشياء (وجه) قول أبي يوسف ان القبض من لوازم هذين التعليين أعني التقيد والدفع خصوصاً عند صريح الاضافة والاقرار باحد المتلازمين اقرار بالآخر قوله لم أقبض يكون رجوعاً عما أقر به فلا يصح وعلي هذا اذا قال لرجل أخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل أخذتها غصباً لا يصدق فيه المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمتراضين ولو قال المقر له لا بل أقرضتك فاقول قول المقر مع يمينه (وجه) الفرق ان أخذ مال الغير بسبب لوجوب الضمان في الاصل لقول النبي عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد فكان الاقرار بالاخذ اقراراً بسبب الوجوب فدعوى الاذن تكون دعوى البراءة عن الضمان وصاحبه ينكر فكان القول قوله مع يمينه بخلاف قوله أقرضتك لان اقراره بالقبض اقرار بالاخذ بالاذن فتصادق على ان الاخذ كان ياذن والاخذ باذن لا يكون سبباً لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاقراض دعوى الاخذ بحجة الضمان فلا يصدق الا بينة ولو قال أو دعتني الف درهم أو دفعت الي الف درهم وديعة أو أعطيتني الف درهم وديعة فهلكت عندي وقال المقر له لا بل غصبتها مني كان القول قول المقر مع يمينه لانه ما أقر بسبب وجوب الضمان اذا المقر به هو الايداع والاعطاء وانهما ليسا من سباب الضمان ولو قال له اعزتي ثوبك او دابتك فهلكت عندي وقال المقر له غصبت مني نظر في ذلك ان هلك قبل اللبس أو الركوب فلا ضمان عليه لان المقر به الاعارة وانها ليست بسبب لوجوب الضمان وان هلك بعد اللبس والركوب فعليه الضمان لان لبس ثوب الغير وركوب دابة الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت الا بحجة وكذلك اذا قال له دفعت الي الف درهم مضاربة فهلكت عندي فقال المقر له بل غصبتها مني انه ان هلك قبل التصرف فلا ضمان عليه وان هلك بعده يضمن لما قلنا في الاعارة ولو أقر بألف درهم مؤجلة بأن قال لفلان علي الف درهم الى شهر وقال المقر له لا بل هي حالة فالقول قول المقر له لان هذا اقرار على نفسه ودعوى الاجل على الغير فاقراره مقبول ولا تقبل دعواه الا بحجة ويحلف المقر له على الاجل لانه منكر للاجل والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما اذا أقر وقال كفلت لفلان بعشرة دراهم الى شهر وقال المقر له لا بل كفلت بها حالة ان القول قول المقر عند أبي حنيفة ومحمد لان انظاره شاهد للمقر لان الكفالة تكون مؤجلة عادة بخلاف الدين والله تعالى أعلم وعلى هذا اذا أقر انه اقتضى من فلان الف درهم كانت له عليه وأنكر المقر

له ان يكون له عليه شيء وقال هو مالى قبضته منى فالقول قوله مع يمينه ويؤمر بالرد اليه لان الاقرار بالاعتضاء اقرار
 بالقبض والقبض سبب لوجوب الضمان في الاصل بالنص فكان الاقرار بالقبض اقرار بوجود سبب وجوب
 الضمان منه فهو بدعوة القبض بحجة الاعتضاء يدعى براءته عن الضمان وصاحبه ينكر فيكون القول قوله مع يمينه وكذلك
 اذا اقر انه قبض منه الف درهم كانت عنده وديعة وانكر المقر له فالقول قوله المقر له لما قلنا ولو قال أسكنت فلانا بيتي
 ثم أخرجته وادعى الساكن انه له فالقول قوله المقر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه
 ولو قال أعمرته دابتي ثم أخذتها منه وقال صاحبه هي لي فهو على هذا الاختلاف (وجه) قوله ان قوله أسكنته دارى
 ثم أخرجته وأعمرته دابتي ثم أخذتها منه اقرار منه باليد لهما ثم الاخذ منهما فيؤمر بالرد عليهما القول عليه الصلاة والسلام
 على اليد ما أخذت حتى ترد ولهذا لو غاباه سكن الدار فزعم المقر انه أعمرهما (١) منه لم يقل قوله فكذا اذا أفر وجهه قول أبي
 حنيفة ان المقر به ليس هو اليد المطلقة بل اليد بحجة الاعارة والسكنى وهذا لان اليد لهما ما عرفت الا باقراره فثبتت
 على الوجه الذى أقر به فيرجع في بيان كيفية اليد اليه ولو أقر فقال ان فلانا الخياط خاط قميصي بدرهم وقبضت منه
 القميص وادعى الخياط انه له فهو على هذا الاختلاف الذى ذكرنا ولو قال خاطى هذا القميص ولم يقل قبضه منه لم
 يؤمر بالرد عليه بالاجماع لانه اذا لم يقل قبضه منه لم يوجد منه الاقرار باليد للخياط لجواز انه خاطه في بيته فلم تثبت يده
 عليه فلا يجبر على الرد هذا اذا لم يكن الدار والثوب معروفا له فان كان معروفا للمقر فالقول قوله بالاجماع لانه اذا لم يكن
 معروفا له كان قول صاحبه هو لى منه دعوى التملك فلا تسمع منه الا بيينة ولو أقر ان فلانا ساكن فى هذا البيت والبيت
 لى وادعى ذلك الرجل البيت فهو له وعلى المقر البيينة لان الاقرار بالسكنى اقرار باليد فصار هو صاحب يد فلا يثبت
 الملك للمدعى الا بيينة ولو أقر ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك فى يدى
 المقر وادعى المقر له انه له فالقول قوله المقر لان الاقرار بالزرع والغرس والبناء لا يكون اقرارا باليد لجواز وجوده فى يد
 الغير فلا يؤمر بالرد اليه والله تعالى أعلم وعلى هذا ان من أعتق عبده ثم أقر المولى انه أخذ منه هذا الشيء فى حال الرق
 وهو قائم بعينه وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق فالقول قول العبد ويؤمر بالرد اليه بالاجماع لان قول العبد يقتضى
 وجوب الرد وقول المولى لا ينفى الوجوب بل يقتضيه لان الاخذ فى الاصل سبب لوجوب ضمان الرد والاضافة الى
 حال الرق لا تنفى الوجوب فان المولى اذا أخذ كسب عبده المأذون المديون يلزمه الرد اليه ولو أقر بالاتلاف بان قال
 أتلفت عليك مالا وأنت عبدى وقال العبد لا بل أتلفتته وأنا حر فالقول قوله العبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد
 القول قول المولى وعلى هذا الاختلاف اذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد لا بل قطعتها بعد العتق ولو تنازعا
 فى الضريبة فقال المولى أخذت منك ضريبة كل شهر كذا وهى ضريبة مثله وقال العبد لا بل كان بعد العتق فالقول
 قول المولى بالاتفاق وكذلك لو ادعى المولى وطء الامة قبل العتق وادعت الامة بعد العتق فالقول قوله المولى بالاجماع
 (وجه) قول محمد وزفر رحمهما الله ان المولى ينكر وجوب الضمان فكان القول قوله وهذا لانه أضاف الضمان الى حال
 الرق حيث قال أتلفت وهو رقيق والرق ينافى الضمان اذا المولى لا يجب عليه لبعده ضمان فكان منكر وجوب الضمان
 والعبد بقوله أتلفت بعد العتق يدعى وجوب الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولهذا كان القول قوله فى الغلة
 والوطء كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ان اعتبار قول العبد بوجوب الضمان على المولى
 لان اتلاف مال الحر بوجوب الضمان واعتبار قول المولى لا ينفى الوجوب لانه أقر بالاخذ والاخذ فى الاصل سبب
 لوجوب الضمان والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان اتلاف كسب العبد المأذون المديون ديناً مستغرقاً
 للرقبة والكسب موجب للضمان فاذا وجد الموجب وانعدم المانع بقي خبره واجب القبول بخلاف الوطء والغلة لان
 وطء الرقيقة لا يوجب الضمان أصلاً وكذلك أخذ ضريبة العبد وهى الغلة لا يوجب الضمان على المولى فان المولى اذا
 أخذ ضريبة العبد وعليه دين مستغرق ليس للغرماء حق الاسترداد على ما مر فى كتاب المأذون فكان المولى بقوله كان

قبل العتق منكرا وجوب الضمان فكان القول قوله مع ما ان الظاهر شاهد للمولى لان الاصل في الوطاء ان لا يكون
 سببا لوجوب الضمان لانه لا ف منافع البضع والاصل في المنافع ان لا تكون مضمونة بالاتلاف فترجح خبر المولى
 بشهادة الاصل له فكان أولى بالتبول كما في الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته فما الاصل في أخذ المال ان يكون سببا
 لوجوب الضمان فكان الظاهر شاهد للعبد وكذلك الغلة لانها بدل المنفعة والمنافع في الاصل غير مضمونة والله
 سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا استأمن الحربي أو صدر ذمة قتال لرجل مسلم أخذت منك الف درهم وأنت
 حربي في دار الحرب فقال له المتر لا بل أخذه وأنا مستأمن أو ذمي في دار الاسلام والالف قامة بعينها فالقول قول المقر
 له ولو مر بالرد اليه بالاجماع ولو قال أخذت منك الف فاستهلكتها وأنت حربي في دار الحرب أو قال قطعت يدك وقال
 المقر له لا بل فعلت وأنا مستأمن أو ذمي في دار الاسلام فالقول قول المقر له ولو بضم له المقر ما قطع وأناف عند أبي
 حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر رحمهم الله لا يضمن شيئا (وجهه) قول محمد وزفر ان المولى منكرو وجوب
 الضمان لا ضافة الفعل الى حالة منافية للوجوب وهي حالة الخراب والقول قول المنكر (وجهه) قول أبي حنيفة وأبي
 يوسف ان الظاهر شاهد للعبد اذ العصمة أصل في النفوس والسقوط بعارض المستطاف القول قول من يشهد له
 الاصل وعلى هذا اذا قال لقلان على الف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الالف وزنا لا عددا لان الدراهم في الاصل موزونة
 الا اذا كان الاقرار في بلدة دراهمها عددية فينصرف الى العدد المتعارف وكذلك اذا ذكر العدد بان قال لقلان على الف
 درهم عددا يلزمه الف درهم وزنا ولو بلغ ذكر العدد ونفع على ما يتعارفه أهل البلد من الوزن وهو في ديارنا وخراسان
 والعراق وزن سبعة وهو الذي يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فان كان الاقرار في هذه البلاد يلزمه بهذا الوزن وان
 كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة مثاقيل يقع اقراره على ذلك الوزن لا نصراف
 مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد أوزان مختلفة
 يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على الأقل منها لان الأقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها والوجوب
 في الذمة أولم يكن والوجوب في أقله لم يكن فتى وقع الشك في بونه فلا يثبت مع الشك ولو سمي زيادة على وزن البلد أو
 أنقص منه بان قال لقلان على الف درهم وزن خمسة ان كان موصولا يقبل والا فلا لان اسم الدراهم يحتمله لكنه
 خلاف الظاهر فاحتمل البيان الموصول ولا يصدق اذا فصل لا نصراف الافهام عند الاطلاق الى وزن البلد فكان
 الاخبار عن غيره رجوعا فلا يصح وكذلك اذا قال لقلان على الف درهم مثاقيل يلزمه ذلك لانه زاد على الوزن
 المعروف وهو غير متهم في الاقرار على نفسه بالزيادة فيقبل منه ولو أقر وهو ببغداد فقال لقلان على الف درهم طبرية
 يلزمه الف درهم طبرية لكن بوزن سبعة لان قوله طبرية يخرج وصف الدراهم أي دراهم منسوبة الى طبرستان
 فلا يوجب تغيير وزن البلد وكذلك اذا قال لقلان على كرحنطة موصلية والمقر ببغداد يلزمه كرحنطة موصلية لكن
 بكيل بغداد لما قلنا ولو قال لقلان على دينار شامي أو كوفي فعليه ان يعطيه دينارا واحدا وزنه مثقال ولا يجوز ان يعطيه
 دينارين وزنهما جميعا مثقال بخلاف الدراهم انه اذا أعطاه درهمين صغيرين مكان درهم واحد كبير انه يجبر على
 القبول كذا ذكر في الكتاب وكان في عرفهم ان الدينار اذا كان ناقص الوزن يكون ناقص القيمة فكان نقصان
 الوزن فيه وضعية كذلك اعتبر الوزن والعدد جميعا وفي الدراهم بخلاف فاما في عرف ديارنا فالعبرة للوزن
 فسواء أعطاه دينارا واحدا أو دينارين يجبر على القبول بعد ان يكون وزنهما مثالا وكذلك لو قال لقلان على
 قفبز حنطة فهو بتقير البلد وكذلك الاوقار والامنان لما قلنا في الدراهم والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يدخل
 على قدر المتر به فهو ان يكون المتر به مجبول التدروانه في الاصل لا يخلو من حدوجهم امان يذكر عددا واحدا
 واما ان يجمع بين عدد بن فالاول نحو ان يقول لقلان على دراهم أو دنانير لا يصدق في أقل من ثلاثة لان الثلاثة
 أقل الجمع الصحيح فكان ثابتا يتيقن وفي الزيادة عليها شك وحكم الاقرار لا يلزم بالشك ولو قال لقلان على دريهم

أود نينير فعليه درهم تام ودينار كامل لأن التصغير له قديذ كـ لصغر الحجم وقديذ كـ لاستحقاق الدرهم واستئلاله وقديذ كـ لتقصان الوزن فلا ينتقص عن الوزن بالشك وروى عن أبي يوسف فيمن قال لفلان على شيء من دراهم أو شيء من الدراهم أن عليه ثلاثة دراهم لأنه أجل الشيء وفسر بدرهم أي الشيء الذي هو دراهم كما في قوله تبارك وتعالى فاجتنبوا قول الرجس من الأوثان أي الرجس التي هي أوثان والله سبحانه وتعالى أعلم ونوقال لفلان على دراهم مضاعفة لا يصدق في أقل من ستة لأن أقل الجمع الصحيح للدراهم ثلاثة وأقل التضعيف مرة واحدة فإذا ضعفنا الثلاثة مرة تصير ستة ولو قال لفلان على دراهم ضعافاً مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانية عشر لما بينا أن الدراهم المضاعفة ستة وأقل الضعاف الستة ثلاث مرات فذلك ثمانية عشر ولو قال لفلان على عشرة دراهم واضعافها مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانين لأنه ذكر عشرة دراهم وضاعف عليها ضعافاً مضاعفة وأقل الضعاف العشرة ثلاثون فذلك أربعون وأقل التضعيف الأربعين مرة فذلك ثمانون وروى عن محمد فيمن قال لفلان على غير ألف أن عليه ألفين ولو قال غير ألفين عليه أربعة آلاف لأن غير من أسماء الأضافة فيمتنع ما يغيره لاستحالة المغيرة الشيء نفسه فاقضى الفاتغير الألف الذي عليه وصار معناه لفلان على غير ألف أي غير هذا الألف آخر فكان إقراراً بألفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير ألفين ويحتمل أن يكون قوله غير ألف أي مثل ألف لأن المغيرة من لوازم المماثلة لاستحالة كون الشيء مماثلاً لنفسه ولهذا قيل في حدها غيران بنوب كل واحد منهما من باب صاحبه ويسد مسده والملازمة بين شيئين طريق الكتابة فصحت الكتابة عن المماثلة بالمغيرة فإذا قال لفلان على غير ألف درهم فكانه قال مثل ألف ومثل الألف ألف مثله فكان إقراراً بألفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير ألفين ولو قال على زهاء ألف أو عظم ألف أو جل ألف فعليه خمسمائة وشي لأن هذه عبارات عن أكثر هذا الفدر في العرف وكذا إذا قال قريب من ألف لأن خمسمائة وشي أقرب إلى ألف من خمسمائة ولو قال لفلان على دراهم كثيرة لا يصدق في أقل من عشرة دراهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله لا يصدق في أقل من مائتي درهم (وجه) قوله ما إن المقر به دراهم كثيرة وما دون المائتين في حد القلة ولهذا لم يعتبر ما دونه نصاب الزكاة (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه أنه جعل الكثيرة صنعة للدراهم وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم العشرة إلا إذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهماً واثنى عشر درهماً هكذا ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها ولو قال لفلان على مال عظيم أو كثير لا يصدق في أقل من مائتي درهم في المشهور وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أن عليه عشرة (وجه) ما روى عنه أنه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشرع ألا ترى أنه علق قطع اليد بها في باب السرقة وقدر بها بدل البضع وهو المهر في باب النكاح (وجه) القول المشهور أن العشرة لا تستعظم في العرف وإنما يستعظم النصاب ولهذا استعظمه الشرع حيث علق وجوب المعظم وهو الزكاة به فكان هذا أقل ما استعظمه الشرع عرفاً فلا يصدق في أقل من ذلك وقيل إن كان الرجل غنياً يقع على ما يستعظم عند الأغنياء وإن كان فقيراً يقع على ما يستعظم عند الفقراء ولو قال على أموال عظام فعليه ستمائة درهم لأن عظام جمع عظيم وأقل الجمع الصحيح ثلاثة وهذا على المشهور من الروايات فاما على ما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيقع على ثلاثين درهماً ولو قال غصبت فلاناً ابلاً كثيرة فهو على خمس وعشرين لأنه وصف بالكثرة ولا تكثراً إذا بلغت نصاباً تجب الزكاة فيها في جنسها وأقل ذلك خمس وعشرون ولو قال لفلان على حنطة كثيرة فعند أبي حنيفة رحمه الله البيان إليه وعندهما لا يصدق في أقل من خمسة أوسق بناءً على أن النصاب في باب العشر ليس بشرط عند أبي حنيفة وعندهما شرط ولو قال لفلان على ما بين مائة إلى مائتين أو من مائة إلى مائتين فعليه مائة وتسعون وعند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد عليه مائتان وعند زفر عليه تسعة وتسعون وكذلك إذا قال لفلان على ما بين درهم إلى عشرة أو من درهم إلى عشرة فعليه تسعة دراهم عند أبي حنيفة وعندهما

عليه عشرة وعند زفر عليه ثمانية ولو قال ما بين هذين الحائطين لفلان لم يدخل الحائطان في اقراره بالاجماع وكذلك لو وضع بين يديه عشرة مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم وأشار الى الدرهمين لفلان لم يدخل الدرهمان تحت اقراره بالاتفاق والاصل فيه ان الغاييتان لا يدخلان وعندهما يدخلان وعند أبي حنيفة يدخل الاول دون الآخر وجه قول زفر ان المنز به ماضر به الغاية لا الغاية فلا تدخل الغاية تحت ماضر به له الغاية وهنا لم يدخل في باب البيع (وجه) قوله ما انه لم يجعلهما غاييتين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة وجودهما لزومهما (وجه) قول أبي حنيفة الرجوع الى العرف والعادة فان من تكلم بمثل هذا الكلام يريد به دخول الغاية الاولى دون الثانية ألا ترى انه اذا قيل سن فلان ما بين تسعين الى مائة لا يراد به دخول المائة كذا ههنا ولو قال لفلان على ما بين كرشعير الى كرجنطة فعليه كرشعير وكرجنطة الا قفيرا على قياس قول أبي حنيفة وعندهما عليه كان ولو قال لفلان على من درهم الى عشرة دنانير أو من دينار الى عشرة دراهم فعند أبي حنيفة رحمه الله عليه أربعة دنانير وخمسة دراهم تجعل الغاية الاخيرة من أفضلهما وعندهما عليه خمسة دنانير وخمسة دراهم وعند زفر عليه من كل جنس أربعة ولو قال له على من عشرة دراهم الى عشرة دنانير عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك لو قال له على من عشرة دنانير الى عشرة دراهم قدم أو آخر وعندهما عليه الكل وكذلك هذا الاختلاف في الوصية والطلاق ولو قال لفلان على خمسة دراهم في خمسة دراهم ونوى الضرب والحساب فعليه خمسة وقال زفر عليه خمسة وعشرون (وجه) قوله ان خمسة في خمسة على طريق الضرب والحساب خمسة وعشرون فيلزمه ذلك (ولنا) ان الشئ لا يتكرر في نفسه بالضرب وانما يتكرر باجزائه خمسة في خمسة له خمسة أجزاء فيلزمه ذلك بالاقرار وان نوى به خمسة مع خمسة فعليه عشرة لان في تحتل مع لمناسبة بينهما في معنى الاتصال ولو أقر بتمر في قوصرة فعليه التمر والقوصرة جميعاً وكذلك اذا قال غصبت من فلان ثوباً في منديل يلزمه الثوب والمنديل وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يلزمه الظرف ولو أقر بدابة في اصطبل لا يلزمه الا صطبل بالاجماع (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الداخل تحت الاقرار التمر والثوب لا القوصرة والمنديل لما ذكرنا ان ذلك ظرفا لا اقرار بشئ في ظرفه لا يكون اقراراً به وبظرفه كالاقرار بدابة في الاصطبل وبنخلة في البستان انه لا يكون اقراراً بالاصطبل والبستان (ولنا) أن الاقرار بالتمر في قوصرة اقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيهما وكذلك الاقرار بغصب الثوب في منديل لان الثوب يغصب مع المنديل الملقوف فيه عادة وكذلك التمر مع القوصرة واما غصب الدابة مع الاصطبل فغير معتاد مع ما ان العقار لا يحتل الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله ولو قال لفلان على ثوب في ثوب فعليه ثوبان لما قلنا ولو قال ثوب في عشرة أثواب فليس عليه الا ثوب واحد عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله عليه احد عشر ثوباً (وجه) قول محمد رحمه الله انه جعل عشرة أثواب ظرفاً لثوب واحد وذلك محتمل بان يكون في وسط العشرة فاشبه الاقرار بثوب في منديل أو في ثوب (وجه) قول أبي يوسف ان ما ذكره محمد ممكن لكنه غير معتاد ومطلق الكلام للمعتاد هذا اذا ذكر عدداً واحداً مجملان ذكر عدداً واحداً معلوماً لكن أضافه الى صنفين بان قال لفلان على مائتا مثقال ذهب وفضه أو كرا حنطة وشعير فله من كل واحد منهما النصف وكذلك لو سمي أجناساً ثلاثة فعليه من كل واحد الثلث وكذلك لو تزوج على ذلك لانه ذكر عدداً واحداً وأضافه الى عدد من غير بيان حصة كل واحد منهما فتكون حصة كل واحد منهما على السواء كما اذا أضافه الى شخص واحد بان أقر بمائتي درهم لرجلين فان لكل واحد منهما النصف كذا هذا ولو قال استودعني ثلاثة أثواب زطي ويهودي فالقول قول المقر ان شاء جعل زطين ويهودي وان شاء جعل يهوديين وزطياً لانه جعل الاثواب الثلاثة من جنس الزطي واليهودي فيكون زطي ويهودي مراداً بيقين فكان البيان في الآخر اليه لتعذرا اعتبار المساواة فيه ولو قال استودعني عشرة أثواب هر وية ومروية كان من كل صنف النصف لان اعتبار المساواة ههنا ممكن وأما اذا جمع بين عدد من فلا يخلو ما أن جمع بين عدد من مجملين واما أن أجمل

أحدهما وبين الآخر فان جمع بين عددين مجملين بان قال لقلان على كذا كذا درهمان لا يصدق في أقل من أحد عشر
درهما لانه جمع بين عددين مبهمين وجعلهما اسما واحدا من غير حرف الجمع وذلك يحتمل أحد عشر وانني عشره كذا
الى تسعة عشر الا ان أقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة أحد عشر فيحمل عليه لكونه متيقنا به ويلزمه أحد عشر درهما
لانه فسر هذا العدد بالدرهم لا بغيرها ولو قال لقلان على كذا وكذا درهمان لا يصدق في أقل من إحدى وعشرين درهما
لانه جمع بين عددين مبهمين بحرف الجمع وجعلهما اسما واحدا وأقل ذلك إحدى وعشرون وأما إذا جمل أحدهما
وبين الآخر فنحو ان يقول لقلان على عشرة دراهم ونيف فعليه عشرة والتول قوله في النيف من درهم أو أكثر أو
أقل لانه عبارة عن مطلق الزيادة ولو قال لقلان على بضع وخمسون درهما لا يصدق في بيان البضع في أقل من ثلاثة
دراهم لان البضع في اللغة اسم لقطعة من العدد وفي عرف اللغة يستعمل في الثلاثة الى التسعة فيحمل على أقل المتعارف
لانه متيقن به ولو قال لقلان على عشرة دراهم ودانق أو قيراط فالدانق والقيراط من الدراهم لانه عبارة عن جزء من
الدراهم كأنه قال لقلان على عشرة وسدس ولو قال لقلان على مائة ودرهم فمائة درهم ولو قال مائة ودينار فمائة
دينار ويكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان والقياس ان يلزمه درهم والقول قوله في المائة
(وجه) القياس انه أبهم المائة وعطف الدرهم عليها فيعتبر نصره على حسب ما أوقعه فيلزمه درهم والقول في المبهم قوله
(وجه) الاستحسان ان قوله لقلان على مائة ودرهم أي مائة درهم ودرهم هذا معنى هذا في عرف الناس الا انه حذف
الدرهم طلبا للاختصار على ما عليه عادة العرب من الاضمار والحذف في الكلام وكذلك لو قال لقلان على مائة وشاة
فالمائة من الشاة عليه تعرف الناس ولو قال لقلان على مائة ونوب فعليه نوب والقول في المائة قوله لان مثل هذا لا
يستعمل في بيان كون المعطوف عليه من جنس المعطوف فبقيت المائة مجملة فكان البيان فيما أجمل عليه وكذلك اذا
قال مائة ونوبان ولو قال مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب لان قوله مائة وثلاثة كل واحد منهما مجمل وقوله أثواب
يصح تفسيرهما فجعل نفسيرا لهما وكذلك روى عن أبي يوسف رحمه الله فيمن قال لقلان على عشرة وعبدان
عليه عبد والبيان في العشرة اليه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا قال لقلان على عشرة ووصيفة ان عليه وصيفة
والبيان في العشرة اليه ولو أقر لرجل بالف في مجلس ثم أقر له بالف أخرى نظرا في ذلك فان أقر له في مجلس آخر فعليه
ألفان عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد عليه الف واحدة وهو إحدى الوايتين عن أبي حنيفة رضي
الله عنه أيضا وان أقر له في مجلس واحد فعندهما لا يشكل ان عليه ألفا واحدا وأما عند أبي حنيفة ذكر عن الكرخي
ان عليه ألفين وذكر عن الطحاوي ان عليه ألفا واحدا وهو الصحيح (وجه) قول أبي يوسف ومحمد ان العادة
بين الناس بتكرار الاقرار بمال واحد في مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما جرت العادة بذلك في مجلس واحد ليفهم
الشهود فلا يحمل على انشاء الاقرار مع الشك (وجه) قول أبي حنيفة ان الف المذكور في الاقرار الثاني غير
الف المذكور في الاقرار الاول لانه ذكر كل واحد من ألفين منكرا والاصل ان التكرار اذا كررت مرارا بالثاني
غير الاول قال الله تبارك وتعالى ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا حتى قال ابن عباس رضي الله عنه لن يغلب
عسر يسرين الا ان اتركنا هذا الاصل في المجلس الواحد للعادة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع لكن بعضها يعم الاقرار كلها وبعضها يخص البعض دون البعض اما
الشرائط العامة فأنواع منها العقل فلا يصح اقرار المجنون والصبي الذي لا يعقل فاما البالوغ فليس بشرط فيصح
اقرار الصبي العاقل بالدين والعين لان ذلك من ضرورات التجارة على ما ذكرنا في كتاب المأذون الا انه لا يصح اقرار
المحجور لانه من التصرفات الضارة المحضمة من حيث الظاهر والتبول من المأذون للضرورة ولم يوجد وأما الحرية
فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود
والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا يباع رقبته بالدين بخلاف

المأذون لان اقرار المأذون انما يصح لكونه من ضرورات التجارة على ما ذكر في كتاب المأذون والمحجور لا يملك
التجارة فلا يملك ما هو من ضروراتها الا انه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الجريته لانه من أهل الاقرار
لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحتمه فاذا اعتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره
بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر
المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار والمرض ليس بمانع حتى
يصح اقرار المريض في الجملة لان صحة اقرار الصحيح يرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحال المريض
أدل على الصدق فكان اقراره أولى بالقبول على ما ذكره في موضعه وكذلك الاسلام ليس بشرط لصحة الاقرار
لانه في الاقرار على نفسه غير متهم ومنها ان لا يكون متهما في اقراره لان التهمة تخل برجحان الصدق على جانب
الكذب في اقراره لان اقرار الانسان على نفسه شهادة قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء
للو لو على أنفسكم والشهادة على نفسه اقرار دل ان الاقرار شهادة وانها ترد بالثمة وفروع هذه المسائل تأتي في خلال
المسائل ان شاء الله تعالى ومنها الطوع حتى لا يصح اقرار المكره لما ذكرنا في كتاب الاكراه ومنها ان يكون المقر
معلوما حتى لو قال رجلان لفلان على واحد منا الف درهم لا يصح لانه اذا لم يكن معلوما لا يتمكن المقر له من المطالبة
فلا يكون في هذا الاقرار فائدة فلا يصح وكذلك اذا قال أحدهما غصب واحدنا وكذلك اذا قال واحدنا
زنى أو سرق أو شرب أو قذف لان من عليه الحد غير معلوم فلا يمكن اقامة الحد وأما الذي يخص بعض الاقرار بدون
البعض فمعرفة مبنية على معرفة أنواع المقر به فتقول ولا قوة الا بالله تعالى ان المقر به في الأصل نوعان أحدهما حق
الله تعالى عز شأنه والثاني حق العبد اما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا أحدهما ان يكون خالصا لله تعالى
وهو حد الزنا والسرق والشرب والثاني ان يكون للعبد فيه حق وهو حد القذف ولصحة الاقرار به شرائط ذكرناها
في كتاب الحدود

فصل في وأما حق العبد فهو المال من العين والدين والنسب والقصاص والطلاق والعاق ونحوها ولا يشترط
لصحة الاقرار بهما يشترط لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى وهي ما ذكرنا من العدد ومجلس القضاء والعبارة حتى ان
الاخرس اذا كتب الاقرار بيده أو أومأ بما يعرف انه اقرار بهذه الاشياء يجوز بخلاف الذي اعتقل لسانه لان
للأخرس اشارة معهودة فاذا أتى بها يحصل العلم بالمشار اليه وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ولان اقامة اشارة مقام
العبارة أمر ضروري والخرس ضرورة لانه أصلي (فأما) اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على
شرف الزوال بخلاف الحدود لانه لا يجعل ذلك اقرارا بالحدود لما بينا ان مبنى الحدود على صريح البيان بخلاف
القصاص فانه غير مبني على صريح البيان فانه اذا أقر مطلقا عن صفة التعمد بدكر آلة دالة عليه وهي السيف ونحوه
يستوفي بثلثه القصاص وكذا لا يشترط لصحة الاقرار بها الصحيح حتى يصح اقرار السكران لانه يصدق في حق المقر له
انه غير صاحي اولانه ينزل عقله قائما في حق هذه التصرفات فيلحق فيها بالصاحي مع زوال حقيقة عقوبة عليه
وحقوق العباد تثبت مع الشبهات بخلاف حقوق الله تعالى لكن الشرائط المختصة بالاقرار بحقوق العباد نوعان نوع
يرجع الى المقر له ونوع يرجع الى المقر به (أما) الذي يرجع الى المقر له فتوع واحد وهو ان يكون معلوما موجودا كان
أو محلا حتى لو كان مجهولا بان قال لواحد من الناس على أولي يد على ألف درهم لا يصح لانه لا يملك أحد مطالبة فلا
يفيد الاقرار حتى لو عين واحدا بان قال عنيت به فلانا يصح ولو قال لفلان فلانة على ألف درهم فان بين جهة يصح
وجوب الحق للحمل من تلك الجهة بان قال المقر أوصى بها فلان له أو مات أبوه فوريته صح الاقرار لان الحق يجب له
من هذه الجهة فكان صادقا في اقراره فيصح وان أجل الاقرار لا يصح عند أبي يوسف وعند محمد يصح (وجه) قول
محمد ان اقرار العاقل يجب حمله على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على اقراره على جهة مصححة له وهي ما ذكرنا فوجب

حمله عليه (وجه) قول أبي يوسف ان الاقرار المبهم له جهة الصحة والفساد لانه ان كان يصح بالحمل على الوصية والارث يفسد بالحمل على البيع والعصب والقرض فلا يصح مع الشك مع ما ان الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك من وجه واحد يمنع صحة الاقرار فن وجهين أولى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر للحمل (أما) اذا أقر بالحمل بان أقر بحمل جارية أو بحمل شاة لرجل صح أيضاً لان حمل الجارية والشاة مما يحتمل الوجوب في الذمة بان أوصى له به مالك الجارية والشاة فاقرب به والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى المتقر به اما الاقرار بالعين والدين فشرط صحة الفراغ عن تعلق حق الغير فان كان مشغولاً بحق الغير لم يصح لان حق الغير معصوم محترم فلا يجوز ابطاله من غير رضاه فلا بد من معرفة وقت التعلق ومعرفة محل التعلق (أما) وقت التعلق فهو وقت مرض الموت فادام المديون صحيحاً فالدين في ذمته فاذا مرض مرض الموت يتعلق بتركه أي يتعين فيها ويتحول من الذمة اليها لانه لا يعرف كون المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين ان المرض كان مرض الموت من وقت وجوده فتبين ان التعلق يثبت من ذلك الوقت وبيان ذلك الوقت ببيان حكم اقرار المريض والصحيح وما يفرق فيه وما يتصل به وما يستويان فيه فنقول والله التوفيق اقرار المريض في الاصل نوعان اقراره بالدين لغيره واقراره باستيفاء الدين من غيره (فأما) اقراره بالدين لغيره فلا يخلو من أحد وجهين (أما) ان أقر به لاجنبي أو لوارث فان أقر به لوارث فلا يصح الا باجازه الباقي عندنا وعند الشافعي يصح (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جهة الصحة للاقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب وهذا في الوارث مثل ما في الاجنبي ثم يقبل اقرار الاجنبي كذا الوارث (ولنا) ما روى عن سيدنا عمر وابنه سيدنا عبد الله رضي الله عنهما انهما قالوا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبي جاز ولم ير وعن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً ولانه منهم في هذا الاقرار لجواز انه أثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع أو بقضاء حق موجب للبعث على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية به فاراد تنفيذه غرضه بصورة الاقرار من غير ان يكون للوارث عليه دين فكان منهما في اقراره فيرد ولانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله ولهذا لا يملك ان يتبرع عليه بشئ من الثلث مع ما انه خالص ملكه لا حق لاجنبي فيه فكان اقراره للبعض ابطالا لحق الباقي فلا يصح في ذمتهم ولان الوصية لم تجز لوارث فلا قرار أولى لانه لو جاز الاقرار لارتفع بطلان الوصية لانه يميل الى الاقرار واختيار الاثار بل هو أولى من الوصية لانه لا يذهب بالوصية الا الثلث وبالاقرار يذهب جميع المال فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الاولى ويصح اقرار الصحيح لوارث لان ما ذكرنا من الموانع من عدمه في اقراره هذا اذا أقر لوارث فان أقر لاجنبي فان لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة يصح اقراره من جميع التركة استحساناً والقياس ان لا يصح الا في الثلث (وجه) القياس ان حق الورثة بما زاد على الثلث متعلق ولهذا يملك التبرع بما زاد على الثلث لكن اثر كمال القياس بالاثرو هو ما روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال اذا أقر المريض بدين لاجنبي جاز ذلك من جميع تركته ولم يعرف له فيه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مخالف فيكون اجماعاً ولانه في الاقرار لاجنبي غير متهم فيصح ويصح اقرار الصحيح لاجنبي من جميع المال لانعدام تعلق حق الورثة بماله في حالة الصحة بل الدين في الذمة وانما يتعلق بالتركة حالة المرض وكذا لو أقر الصحيح بدين لاجنبي كثيرة متفرقة بان أقر بدين جاز عليه كله لان حال الصحة حال الاطلاق لوجود الموجب للاطلاق وانما الامتناع لعارض تعلق حق الورثة اولتهم وكل ذلك ههنا منعدم ويستوى فيه المتقدم والمتأخر لحصول الكل في حالة الاطلاق ولو أقر المريض بدين لاجنبي كثيرة متفرقة بان أقر بدين ثم بدين جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتأخر استواء الكل في التعلق لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض اذ من المرض مع امتداده بتجدد أمثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور فيه التقدم والتأخر ولو أقر وهو مريض بدين ثم بعين بان أقر ان هذا الشيء الذي في يده ودبعة فلان فهماديتان ولا تقدم

الوديعة لان اقراره بالدين قد صح فأوجب تعلق حق الغرماء بالعين لكونها مملوكة له من حيث الظاهر والاقرار بالوديعة لا يبطل التعلق لان حق الغير يمان عن الابطال ما أمكن وأمكن ان يجعل ذلك اقرارا بالدين لاقراره باستهلاك الوديعة بتقدم الاقرار بالدين عليه واذا صار مقرا باستهلاك الوديعة فالأقرار باستهلاك الوديعة يكون اقرارا بالدين لذلك كاديين ولو أقر بالوديعة أولا ثم أقر بالدين فالأقرار بالوديعة أولى لان الاقرار بالوديعة لما صح خرجت الوديعة من ان تكون محلا للتعلق لغير وجهها عن ملكه فلا يثبت التعلق بالاقرار لان حق غريم المرض يتعلق بالتركة لا بغيرها ولا يوجد وكذلك لو أقر المريض بماله في يده انه بضاعة أو مضاربة فحكمه وحكم الوديعة سواء والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر المريض بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة يعتبر اقراره فاما اذا كان عليه دين ظاهر معلوم بغير اقراره ثم أقر بدين آخر نظري في ذلك فان لم يكن المقر به ظاهر معلوما بغير اقراره تقدم الديون الظاهرة لغرماء الصحة في القضاء فتقضى ديونهم أولا من التركة فافضل يصرف الى غير غرماء الصحة وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستويان (وجه) قوله ان غريم المرض مع غريم الصحة استويان في سبب الاستحقاق وهذا لان الاقرار انما كان سببا للظهور الحق لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحالة المرض أدل على الصدق لانها حالة يتدارك الانسان فيها ما فرط في حاله الصحة فان الصدق فيها أغلب فكان أولى بالتبول (ولنا) ان شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة لم يوجد فلا يصح في حقه ودليل ذلك ان الشرط فراغ المال عن تعلق حق الغير به لما بينا ولم يوجد لان حق غريم الصحة متعلق بماله من أول المرض بدليل انه لو تبرع بشئ من ماله لا ينفذ تبرعه ولو لا تعلق حق الغير به لنفذ لانه حينئذ كان التبرع تصرفا من الاصل في محل هو خالص ملكه وحكم الشرع في مثله النفاذ فدل عدم النفاذ على تعلق النفاذ واذا ثبت التعلق فقد انعدم التراخي الذي هو شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة فلا يصح في حقه ولا نه اذا لم يعلم وجوبه بسبب ظاهر معلوم سوى اقراره كان متهم في هذا الاقرار في حق غرماء الصحة لجواز ان يكون له ضرب عناية في حق شخص يميل طبعه الى الاحسان اليه أو بينهما حقوق تبعثه على المعروف والصلوة في حقه ولا يملك ذلك بطريق التبرع في يده بتحصيل مراده بصورة الاقرار فكان متهم في حق أصحاب الديون الظاهرة انه أظهر الافرار من غير ان يكون عليه دين فيرد اقراره بالثمة وكذلك اذا كان عليه دين الصحة فأقر بعده في يده انه لفلان لا يصح اقراره في حق غرماء الصحة وكانوا أحق بالغرماء من الذي أقره لانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الغرماء بالعبد لما بينا وكان الاقرار بالعبد لفلان ابطالا لحقهم فلا يصح اقراره في حقهم هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن الدين المقر به ظاهر معلوما بغير اقراره (فاما) اذا كان مان كان بدلا عن مال ملكه كبذل القرض ونحو المبيع أو بدلا عن مال استهلكه فهو بمنزلة دين الصحة ويقدمان جميعا على دين المرض لانه اذا كان ظاهر معلوما بسبب معلوم لم يحتمل الرد فيظهر وجوبه باقراره ونعقله بالتركة من أول المرض وكذا اذا كان ظاهر معلوما بسبب معلوم لا تبهم في اقراره والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا تزوج امرأة في مرضه بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم جاز ذلك على غرماء الصحة والمرأة تخصمهم بمهرها لانه لما جاز النكاح ولا يجوز الا بوجوب المهر كان وجوبه ظاهر معلوما لظهور سبب وجوبه وهو النكاح فلم يكن وجوبه محتملا للرد فيتعلق بماله ضرورة محتملة ان النكاح اذا لم يجز بدون وجوب المهر والنكاح من الحوائج الاصلية للانسان فكذلك وجوب المهر الذي هو من لوازمه شرعا والمرضى غير محجور عن صرف ماله الى حوائج الاصلية كضمن الاغذية والادوية وان كان عليه دين الصحة وللصحيح ان يؤثر بعض الغرماء على بعض حتى انه لو قضى دين أحدهم لا يشارك فيه الباقيون لما بينا أن الدين في حالة الصحة لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة فلا يكون في ايثار البعض ابطال حق الباقيين الا ان يقر رجلين بدين واحد فاقبض أحدهما منه شيئا كان لصاحبه أن يشارك فيه لا به قضى دينا مشتركا فكان المقبوض على الشركة وليس للمريض ان يؤثر بعض غرمائه على بعض سواء كانوا غرماء المرض أو غرماء الصحة حتى انه لو قضى

دين أحدهم شاركة الباقيون في المقبوض لأن المرض أوجب تعلق الحق بالتركة وحقوقهم في التعلق على السواء فكان في إظهار البعض إبطال حق الباقيين إلا أن يكون ذلك بدل قرض أو ثمن مبيع بأن استقرض في مرضه أو اشتري شيئاً بمثل قيمته وكان ذلك ظاهراً معلوماً فله أن يقضى القرض وينقد الثمن ولا يشاركه الغرماء في المقبوض والمنقود لأن الأثر في هذه الصورة ليس بإبطال الحق الباقيين لأن حقوقهم متعلنة بمعنى التركة لا بصورتها والتركة قائمة من حيث المعنى لقيام بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو فلم يكن ذلك إبطالا معني ولو زوج امرأة أو استأجر أجيراً فنقد مهر المهر والاجرة لا يسلم لهما المنقود بل الغرماء ينبعونهم ما يخصمونهم بأيديهم وكانوا أسوة الغرماء لأن التسليم أعني جعل المنقود سائماً لهما بإبطال حق الغرماء صورة ومعنى لأن المهر بدل عن ملك النكاح وملك النكاح لا يحتل تعلق حق الغرماء به وكذلك الاجرة بدل عن المنفعة المستوفاة وهي مما لا تحتل تعلق الحق به لذلك لم يزل الاستواء في القسمة والله تعالى أعلم وعلى هذا الأصل يخرج تقدم الدين على الوصية والميراث لأن الميراث حق وضع في المال الفارغ عن حاجة الميت فاذا مات وعليه دين مستغرق للتركة والتركة مشغولة بحاجته فلم يوجد شرط جريان الإرث فيه قال الله تعالى عز من قائل من بعد وصية يوصي بها أو دين وقد قدم الدين على الميراث وسواء كان دين الصحة أو دين المرض لأن الدليل لا يوجب الفصل بينهما وهو ما بيننا وإذا اجتمعت الديون فالغرماء يتقسمون التركة على قدر ديونهم بالخصص ولو توى شيء من التركة قبل القسمة اقتسموا الباقي بينهم بالخصص ويجعل التاوى كأنه لم يكن أصلاً لأن حق كل واحد منهم تعلق بكل جزء من التركة فكان الباقي بينهم على قدر ديونهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان محل تعلق الحق فيحل تعلق الحق هو المال لأن الدين يقضى من المال لا من غيره فيتعلق حق الغرماء بكل متروك هو مال من العين والدين ودية المديون وارش الجنائيات الواجبة له بالجناية عليه خطأ أو عمداً لأن كل ذلك مال ولا يتعلق بالقصاص في النفس وما دونها حتى لا يصح عفوهم لأنه ليس بمال ولو عفا بعض الورثة عن القصاص حتى انقلب نصيب الباقيين ما لا يتعلق حق الغرماء به ويقضى منه ديونهم لأنه بدل نفس المفتول فكان حقه فيصرف إلى ديونه كسائر أمواله المستركة وكذلك المديون إذا كانت امرأة يتعلق حق الغرماء بمهرها ويقسم بينهم بالخصص لأن المهر مال والله سبحانه وتعالى أعلم وما عرف من أحكام الأقارب وتقاصيلها في الصحة والمرض في إقرار الحر فهو الحكم في إقرار العبد المأذون لأنه يملك الإقرار بالدين والعين لكونه من ضرورات التجارة على ما بيننا في كتاب المأذون فكان هو في حكم الإقرار والحر سواء ولو نصرف المأذون في مرضه جازت محاباته من جميع المال ومحابة الحر المريض لا تجوز إلا من الثلث (ووجه) الفرق أن انحجار الحر عن المحابة لتعلق حق الورثة والعبد لا وارث له وحكم تصرفه يقع لمولاه فاشبهه الوكيل بالبيع إذا باع في مرضه وموته وحاجته أنه تجوز محاباته من جميع المال كذا هذا ولو كان على العبد دين وفي يده وفاء بالدين أخذ الغرماء ديونهم وجازت المحابة فيما بقي من المال وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري إن شئت فاد جميع المحابة والأفارد المبيع كالحر المريض إذا حاجه وعليه دين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما إقرار المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فلا يخلو من أحد وجهين إما أن أقر باستيفاء دين وجب له على وارث وإما أن أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فإن أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فإما أن أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة وإما أن أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض فإن أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة يصح ويصدق في إقراره بالاستيفاء حتى يبرأ الغريم عن الدين سواء كان الدين الواجب في حالة الصحة بدلاً عما ليس بمال نحو ارش جنابة أو بدل صلح عن عمداً أو كان بدلاً عما هو مال نحو بدل قرض أو ثمن مبيع وسواء لم يكن عليه دين الصحة أو كان عليه دين الصحة أما إذا وجب بدلاً عما هو مال فسلان المريض

بهذا الاقرار لم يبطل حق الغرماء لان المدينون استحقوا البراءة عن الدين بالاقرار باستيفاء الدين حالة الصحة كما استحقها بايفاء الدين بالتخلية بين المال وبين صاحب الدين والعارض هو المرض وأثره في حجر المريض عما كان له لافي حجره عما كان حقا مستحقا عليه كالعبد المأذون اذا أقر بعد الحجر باستيفاء دين ثبت له في حالة الاذن انه يصح اقراره لما قلنا كذا هذا بل أولى لان حجر العبد أقوى لانه يصير محجوراً عن البيع والشراء والمريض لا يصير محجوراً عن البيع والشراء ثم أثر الحجر هناك ظهر فيما لا فيما عليه فهي أولى (وأما) اذا وجب بدلا عما ليس بمال فلان بالمرض لم يتعلق حق الغرماء بالمبدل وهو النفس لانه ليس بمال فلا يتعلق بالمبدل واذا لم يتعلق حقهم به فلا يكون الاقرار باستيفاء الدين ابطالا لحق الغرماء فيصح ويرأ الغريم وكذلك اذا أقر المولى باستيفاء بدل الكتابة الواقعة في حالة الصحة يصدق ويرأ المكاتب لما قلنا هذا اذا أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة فاما اذا أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض فان وجب بدلا عما هو مال لم يصح اقراره ولا يصدق في حق غرماء الصحة ويجعل ذلك منه اقرارا بالدين لانه لما مرض فقد نعلق حق الغرماء بالمبدل لانه مال فكان البيع والقرض ابطالا لحقهم عن المبدل الا ان يصل البدل اليهم فيكون بدلا معنى لقيام البدل مقامه لما أقر بالاستيفاء فلا وصول للبدل اليهم فلم يصح اقراره بالاستيفاء في حقهم فبقى اقرارا بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان كل من استوفى ديناً من غيره يصير المستوفى ديناً في ذمة المستوفى ثم نفع المقاصة فكان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين واقرار المريض بالدين وعليه دين الصحة لا يصح في حق غرماء الصحة وكذلك لو أنلف رجل على المريض شيئاً في مرضه فآقر المريض بقبض القيمة منه لم يصدق في ذلك اذا كان عليه دين الصحة لان الحق كان متعلقاً بالمبدل حالة المرض فيتعلق بالمبدل ولو أنلف في حالة الصحة فآقر في حالة المرض صح لان الاقرار بقبض دين الصحة في حالة المرض صحيح وان كان بدلا عما هو بمال لما بينا وان وجب بدلا عما ليس بمال يصح اقراره لانه بالمرض لم يتعلق حق غرماء الصحة بالمبدل لانه لا يحتمل التعلق لانه ليس بمال فلا يتعلق بالمبدل فصار الاقرار باستيفائه والاقرار باستيفاء دين وجب له في حال الصحة سواء وذلك صحيح كذا هذا وكذلك لو أقر رجل للمريض انه قتل عبداً في مرضه خطأ أو قطع يد العبد أو قامت البينة على ذلك فلزمه نصف القيمة فآقر المريض بالاستيفاء فهو مصدق لان الواجب بقتل العبد بدل النفس عندنا لا بدل المال بدليل انه يجب مقدراً كارش الاحرار حتى لو قطع يد عبد قيمته ثلاثون ألف درهم فعليه عشرة آلاف درهم الا أحد عشر درهماً عند أبي يوسف رحمه الله فينتص عشرة عن عشرة آلاف لئلا يبلغ دية الحر وينقص الدرهم الحادي عشر لئلا يبلغ بدل يده بدل نفسه وعند محمد رحمه الله يجب بقطع يد هذا العبد خمسة آلاف الا عشرة دراهم دل ان ارش يد العبد وجب مقدراً فكان بدلا عما ليس بمال كارش الحر فلا يتعلق به حق الغرماء فلا يكون الاقرار بالاستيفاء ابطالا لحقهم وكذلك لو كان الجاني قتل العبد متعمداً فصالحه المريض على مال ثم أقر انه استوفى بدله الصلح جاز وكان مصداقاً لان بدل الصلح بدل عما ليس بمال والله تعالى أعلم

فصل في وان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث لا يصح سواء وجب بدلا عما هو مال أو بدلا عما ليس بمال لانه اقرار بالدين لما بينا ان استيفاء الدين بطريق المقاصة وهو ان يصير المستوفى ديناً في ذمة المستوفى فكان اقراره بالاستيفاء اقراراً بالدين واقرار المريض لوارثه باطل وعلى هذا اذا تزوج امرأة فآقرت في مرض موتها انها استوفت مهرها من زوجها ولا يعلم ذلك الا بقولها وعليها دين الصحة ثم ماتت قبل أن يطلقها زوجها ولا مال لها غير المهر لا يصح اقرارها ويؤمر الزوج برد المهر الى الغرماء فيكون بين الغرماء بالخصص لان الزوج وارثها واقرار المريض بدين وجب له على وارثه لا يصح وان وجب بدلا عما ليس بمال لما بينا ان ذلك اقرار بالدين للوارث وانه باطل ولو آقرت في مرضها انها استوفت المهر من زوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها يصح اقرارها لان الزوج بالطلاق قبل الدخول خرج من ان يكون وارثاً لها فلم يكن اقرارها باستيفاء المهر منه اقراراً بالدين للوارث فصح وليس

للزواج ان يضارب الغرماء بنصف المهر فيقول انها اقرت باستيفاء جميع المهر منى وهي لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر فصار نصف المهر ديناً الى عليها فانا اضرب مع غرمائها لان اقرارها بالاستيفاء انما يصبح في حق براءة الزوج عن المهر لا في حق اثبات الشركة في مالها مع غرمائها لان ديونهم ديون الصحة واقرارها للزوج في حالة المرض فلا يصح في حقهم ولو كان الزوج دخل بها فأقرت باستيفاء المهر ثم طلقتها طلاقاً بائناً أو رجعيّاً ماتت بعد اقضاء العدة فكذلك الجواب لان الزوج عند الموت ليس بوارث ولو ماتت قبل انتضاء العدة لا يصح اقرارها (أما) في الطلاق الرجعي فلان الزوجية باقية والورثة قائمة (وأما) في البائن فلان العدة باقية وكانت ممسوعة من هذا الاقرار لقيام النكاح في حالة العدة فكان النكاح قائماً من وجه فلا يزول المنع مادام المانع قائماً من وجه ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لزوجه وان كان الطلاق بائناً واذا لم يصح اقرارها وعليها ديون الصحة فيستوفى أتعاب ديون الصحة ديونهم فان فضل من مالها شيء ينظر الى المهر والى ميراثه منها فيسلم له الاقل منهما وما وشتا نحن بقولون ان هذا الجواب على قول أبي حنيفة رضى الله عنه (وأما) على قولهما يجب ان يكون اقرارها باستيفاء المهر من الزوج صحيحاً في حق التقديم على الورثة في جميع ما أقرت (وأصل) المسئلة في كتاب الطلاق في المريض يطلق امرأته بسؤالها ثم يقر لها بما لا يصح اقراره عندهما لانها أجنبية لا ميراث لها منه وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول لها الاقل من نصيبها من الميراث ومما أقر لها به فمما يعتبر ان ظاهر كونها أجنبية وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل انهما تواضعا على ذلك ليقر لها بأكثر من نصيبها فكان منهما فيما زاد على ميراثها في حق سائر الورثة فلم يصح فهذا كذلك والعبد المأذون في حالة المرض في الاقرار باستيفاء دين الصحة والمرض كالحرة لانه يملك الاقرار باستيفاء الدين وقبضه كآخر فكل ما صح من الحر يصح منه وما لا فلا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما اقرار المريض بالبراءة بان أقر المريض انه كان ابناً فلان من الدين الذي عليه في محنته لا يجوز لانه لا يملك انشاء البراءة لاجال فلا يملك الاقرار به بخلاف الاقرار باستيفاء الدين لانه اقرار بقبض الدين وانه يملك انشاء القبض فيملك الاخبار عنه بالاقرار والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو نوعان أحدهما اقرار الرجل بوارث والثاني اقرار الوارث بوارثه ويتعلق بكل واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث اما الاقرار بوارث فلصحته في حق ثبات النسب شرائط منها ان يكون المقر به محتمل الثبوت لان الاقرار اخبار عن كائن فاذا استحال كونه فلا اخبار عن كائن يكون كذباً محضاً وبيانه ان من أقر بغلام انه ابنه ومثله لا يدم مثله لا يصح اقراره لانه يستحيل ان يكون ابناً له فكان كذبا في اقراره بيقين ومنها ان لا يكون المقر بنسبه معروف النسب من غيره فان كان لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده ومنها تصديق المقر بنسبه اذا كان في يد نفسه لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعاً لان المرض ليس بمانع لعينه بل لتعلق حق الغير بالثبوت فكل ذلك منعدم اما التعلق فظاهر العدم لانه لا يعرف التعلق في مجهول النسب وكذلك معنى التهمة لان الارث ليس من لوازم النسب فان حرمان الارث أسباباً لا تقدر في النسب من القتل والرق واختلاف الدين والدار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر بنسبه أو صدقه لان اقرار الانسان بحجة على نفسه لا على غيره لانه على غيره شهادة أو دعوى والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على غيره اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة وكل ذلك لا يقبل الا بحجة وعلى هذا يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر الوالدين والولد والزوج والمولى ويجوز اقرار المرأة بربعه نفر الوالدين والزوج والمولى ولا يجوز بالولد لانه ليس في الاقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على غيره اما الاقرار بالولاء فظاهر لانه ليس فيه حمل نسب الى أحد

وكذلك لا قرار بالزوجية ليس فيه حمل نسب الغير على غيره لكن لا بد من التصديق لما ذكرنا ثم ان وجد التصديق في حال حياة المتمر جاز بلا خلاف وان وجد بعد وفاته فان كان الاقرار من الزوج يصح تصديق المرأة سواء صدقته في حال حياته أو بعد وفاته بالاجماع بان أقر الرجل بالزوجية فمات ثم صدقته المرأة لان النكاح يبقى بعد الموت من وجه لبقاء بعض أحكامه في العدة فكان محتملا للتصديق وان كان الاقرار بالزوجية من المرأة فصدقها الزوج بعدم موتها لا يصح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يصح (وجه) قوله ما ذكرنا ان النكاح يبقى بعد الموت من وجه فيجوز التصديق كما اذا أقر الزوج بالزوجية وصدقته المرأة بعد موته (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان النكاح للحال عدم حنيفة فلا يكون محلا للتصديق الا انه أعطى له حكم البقاء لاستيفاء أحكام كانت ثابتة قبل الموت والميراث حكم لا يثبت الا بعد الموت فكان زائلا في حق هذا الحكم فلا يحتمل التصديق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاقرار بالولد فلا نه ليس فيه حمل نسب غيره على غيره بل على نفسه فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل لكن لا بد من التصديق اذا كان في يد نفسه لما قلنا وسواء وجدته في حال حياته أو بعد وفاته لان النسب لا يبطل بالموت فيجوز التصديق في الحالين جميعا وكذلك الاقرار بالوالدين ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل وكذلك اقرار المرأة به ولا علم ما ذكرنا الا الولد لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج أو تشهد امرأة على الولادة بخلاف الرجل لان فيه حمل نسب الولد على نفسه ولا يجوز الاقرار بغيره ولا من العم والاخت لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو الاب والجد وكذلك الاقرار بوارث في حق حكم الميراث يشترط له ما يشترط للاقرار به في حق ثبات النسب وهو ما ذكرنا الا شرط حمل النسب على الغير فان الاقرار بنسب يحمله المتمر على غيره لا يصح في حق ثبات النسب أصلا ولا يصح في حق الميراث لكن بشرط ان لا يكون له وارث أصلا ويكون ميراثه لان تصرف العاقل واجب التصحيح ما أمكن فان لم يمكن في حق ثبات النسب لمقد شرط الصحة أمكن في حق الميراث وان كان ثمة وارث قريبا كان أو بعيدا لا يصح اقراره أصلا ولا شيء له في الميراث بان أقر باخ وله عمة أو خالة فيرثه لعنته أو خالته ولا شيء للمقر له لانهم وارثان بيقين فكان حقهما ثابتا بيقين فلا يجوز ابطاله بالصرف الى غيرهما وكذلك اذا أقر باخ أو ابن ابن وله مولى الموالاة ثم مات فالمرث للمولى ولا شيء للمقر له لان الولاء من أسباب الارث ولا يكون اقراره بذلك رجوعا عن عقد الموالاة لا نعدام الرجوع حقيقة فبقى العقد وانه يمنع صحة الاقرار بالمذكور وكذلك لو كان مولى الموالاة هو مولى العتاقة من طريق الاولى لانه عصبت له ولو لم يكن له وارث ولكنه أوصى بجميع ماله لرجل فالثلث للموصى له والباقي للاخ المتمر به لانه وارث في زعمه وظنه ولو كان مع الموصى له بالمال مولى الموالاة أيضا فالللموصى له الثلث والباقي للمولى ولا شيء للمقر له لان الموالاة لا تمنع صحة الوصية لكنها تمنع صحة الاقرار بالمذكور لما بينا وكذلك لو كان مولى الموالاة مولى العتاقة لان مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام ومولى الموالاة آخر الورثة مؤخر عن ذوى الارحام فاضعف الولاء من لما منع صحة الاقرار بالمذكور فاقواهما أولى ولو أقر باخ في مرض الموت وصدقته المقر له ثم أنكر المريض بعد ذلك وقال ليس بيني وبينك قرابة بطل اقراره في حق الميراث أيضا حتى انه لو أوصى بعد انكار عماله لانسان ثم مات ولا وارث له فالللموصى له جميع المال لان انكار من رجوع والرجوع عن مثل هذا الاقرار صحيح لانه يشبه الوصية وان لم يكن وصية في الحقيقة والرجوع عن الوصية صحيح ولو أنكر وليس هناك موصى له بالمال أصلا فالللمال لبيت المال لبطان الاقرار أصلا بالرجوع والله تعالى أعلم وأما الاقرار بوارث فالكلام فيه في موضعين أحدهما في حق ثبات النسب والثاني في حق الميراث أما الاول فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الوارث واحدا واما ان كان أكثر من واحد بان مات رجل وترك ابنا فاقرب باخ هل يثبت نسبه من الميت اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب باقرار وارث واحد وقال أبو يوسف يثبت وبه أخذ

الكرخي رحمه الله وان كان أكثر من واحد بان كانا رجلين أو رجلا وامرأتين فصاعد أثبت النسب باقرارهم بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان اقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولا في حق النسب كاقرار الجماعة (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ان الاقرار بالاخوة اقرار على غير ما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة واما في حق الميراث فاقرار الوارث الواحد بوارث يصح ويصدق في حق الميراث بان أقر الابن المعروف بحكمه انه يشار كفيما في يده من الميراث لان الاقرار بالاخوة اقرار بشيئين النسب واستحقاق المال والاقرار بالنسب اقرار على غيره وذلك غير مقبول لانه دعوى في الحقيقة أو شهادة والاقرار باستحقاق المال اقرار على نفسه وانه مقبول ومثل هذا جاز ان يكون الاقرار الواحد مقبولا بجهة غير مقبول بجهة أخرى كمن اشترى عبداهم أقران البائع كان اعتقه قبل البيع قبل اقراره في حق العتق ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالتمن على البائع فعلى ذلك ههنا جاز ان يقبل الاقرار بوارث في حق الميراث ولا يقبل في حق ثبات النسب ولو أقر الابن المعروف باخت أخذت ثلث ما في يده لان اقراره قد صح في حق الميراث ولها مع الاخ ثلث الميراث ولو أقر بامرأة انما ازوجة أبيه فلها من ما في يده ولو أقر بجهة هي أم الميت فلها سدس ما في يده والاصل ان المقر بما في يده يعامل معاملة ما لو ثبت النسب ولو أقر ابن الميت بابن ابن للميت وصدقه لكن أنكر ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر والمال بينهما نصفان استحسانا والقياس ان يكون القول قول المقر له والمال كله له ما لم يتم البينة على النسب (وجه) القياس انهما تصادقا على اثبات وراثته المقر له واختلاف في وراثته المقر فيثبت المتفق عليه ويقف المختلف فيه على قيام الدليل (وجه) الاستحسان ان المقر له انما استفاد الميراث من جهة المقر فلو بطل اقراره لبطلت وراثته وفي بطلان وراثته بطلان وراثته المقر له وكذلك لو أقر ببنة للميت وصدقه لكنها أنكرت ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر استحسانا لما قلنا ولو أقرت امرأته بالخ للزوج الميت وصدقه الاخ ولكنه أنكر ان تكون هي امرأة الميت فالقول قول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله تعالى وهو القياس وعلى المرأة اثبات الزوجية بالبينة وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول المرأة والمال بينهما على قدر موارثتهما ولو أقر زوج المرأة الميتة بالخ لها وصدقه الاخ ولكنه أنكر ان يكون هو زوجها فهو على الاختلاف (وجه) قول أبي يوسف قياس هذه المسألة على المسألة الاولى بالمعنى الجامع الذي ذكرناه في المسألة الاولى ولا يبي حنيفة رحمه الله الفرق بين المسألتين (ووجهه) ان النكاح ينقطع بالموت والاقرار بسبب منقطع لا يسمع الا ببينة بخلاف النسب ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بالخ ثالث فان صدقه الاخ المعروف في ذلك شاركتها في الميراث كما اذا أقر جميعا لما بينا وان كذبه فيه فانه يقسم المال بين الاخوين المعروفين أولا نصفين فيدفع النصف الى الاخ المنكر واما النصف الآخر فيقسم بين الاخ المقر وبين المقر له نصفين عند عامة العلماء وعند ابن أبي ليلى أثلاثا ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له (وجه) قول ابن أبي ليلى ان من زعم المقر ان المال بين الاخوة الثلاثة أثلاث وان ثلث المقر له نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشيوع الا ان اقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث ذلك (ولنا) ان من زعم المقر ان حق المقر بنسبه في الميراث حقه وان المنكر فيما يأخذ من الزيادة وهو النصف التام ظالم فيجعل ما في يده بمنزلة الهالك فيكون النصف الباقي بينهما بالسوية لكل واحد منهما ربع المال ولو أقر أحدهما باخت فان صدقه الآخر فالامر ظاهر وان كذبه فيقسم المال أولا نصفين بين الاخوين النصف للاخ المنكر ثم يقسم النصف الباقي بين الاخ المقر وأخته لذكر مثل حظ الانثيين ولو أقر أحدهما لامرأة انما ازوجة أي نفا فان صدقه الآخر فالامر واضح للمرأة الثمن والباقي بينهما الكل واحد منهما سبعة لا تستقيم عليها فتصحح المسألة فتضرب سهمين في ثمانية فتصير ستة عشر لها ثمنها والباقي بينهما الكل واحد منهما سبعة وان كذبه فلها تسع ما في يده عند عامة العلماء رضي الله عنهم وعند ابن أبي ليلى رحمه الله لها من ما في يده (وجه) قوله في ان زعم المقر ان

للمرأة ثمن ما في يدي الاخوين الا ان اقراره صح فيما في يده نفسه ولم يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيهما
 ثمن ما في يده (وجهه) قول العامة ان في زعم المقر ان ثمن التركة لها وسبعة اثمانها لهما بينهما على السوية أصل المسئلة
 وقسمتهما ما ذكرنا الا ان الاخ المنكر فيما يأخذ من الزيادة ظالم فيجعل ما في يده كالهالك ويقسم النصف الذي في يد المقر
 بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وذلك سبعة على تسعة أسهم سهمان من ذلك لها وسبعة أسهم له واذا
 جعل هذا النصف على تسعة صار كل المال على ثمانية عشر نسعة منها للاخ المنكر وسهمان للمرأة وسبعة أسهم للاخ
 المقر هذا اذا أقر الوارث بوارث واحد فاما اذا أقر بوارث بعد وارث بان أقر بوارث ثم أقر بوارث آخر فلا يصل في
 هذا الاقرار انه ان صدق المقر بوراثته الاول في اقراره بالوراثته الثاني فالمال بينهما على فرائض الله تعالى وان كذبه فيه
 فان كان المقر دفع نصيب الاول اليه بقضاء القاضى لا يضمن ويجعل ذلك كالهالك ويقسمان على ما في يد المقر على قدر
 حقهما وان كان الدفع بغير قضاء القاضى يضمن ويجعل المدفوع كالثأم في يده فيعطى الثاني حقه من كل المال بيان
 هذه الجملة فيمن هلك وترك ابناً فأقر بأخ له من أبيه وأمه فانه يدفع اليه نصف الميراث لما ذكرنا ان اقراره بالاخوة
 صحيح في حق الميراث فان أقر بأخ آخر فهذا على وجهين اما ان أقر به بعدما دفع الى الاول واما ان أقر قبل أن يدفع
 الى الاول نصيبه فان أقر به بعدما دفع الى الاول نصيبه فان كان الدفع بقضاء القاضى فللثاني ربع المال ويبقى في يد
 المقر الربع لان ربع في القضاء في حكم الهالك لكونه مجبوراً في الدفع فيكون الباقي بينهما نصفان لان في زعم المقر
 أن الثاني يساويه في استحقاق الميراث فيكون لكل واحد منهما نصف النصف وهور ربع الكل وكذلك اذا كان
 لم يدفع الى الاول شيئاً لان نصف المال صار مستحق الصرف اليه والمستحق كالمصروف وان كان دفع اليه بغير قضاء
 القاضى أعطى الثاني ثلث جميع المال لما ذكرنا ان الدفع بغير قضاء مضمون عليه والمضمون كالثأم في دفع ثلث جميع
 المال اليه ويبقى في يده الثلث فان دفع ثلث المال الى الثاني بعد قضاء القاضى ثم أقر بأخ ثالث وكذبه الثالث في الاقرار
 بالاولين أخذ الثالث من الابن المعروف ربع جميع المال لان كل المال قائم معنى لأن الدفع بغير القضاء مضمون
 على الدافع فبأخذ السدس الذي في يد المقر ونصف سدس آخر لان الدفع الى الاولين من غير قضاء القاضى لم يصح
 في حق الثالث فيضمن له قدر نصف سدس فيدفعه مع السدس الذي في يده اليه وعلى هذا اذا ترك ابنين فأقر أحدهما
 بأخ ثم أقر بأخ آخر فان صدقه الابن المعروف اشتراكاً في الميراث وان كذبه فان صدقه المقر بوراثته الاول فنصف
 المال بينهما اثلاث لان اقراره بالوراثته في حقه وفي حق المقر بوراثته الاول صحيح لكنه لم يصح في حق الابن المعروف
 وكان النصف للابن المعروف والنصف الباقي بينهما اثلاثاً وان كذبه فان كان المقر دفع نصف ما في يده وهور ربع
 جميع المال اليه بقضاء القاضى كان الباقي بينه وبين الثاني نصفين لان الدفع بقضاء القاضى في حكم الهالك فكان
 الباقي بينهما نصفين لكل واحد ثمن المال وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضى فان كان المقر يعطى الثاني مما في يده
 وهور ربع المال سدس جميع المال لان الدفع بغير قضاء مضمون على الدافع فيكون ذلك الربع كالثأم ولو أقر
 أحدهما بأخت ودفع اليها نصيبها ثم أقر بأخت أخرى وكذبه الاخ فان صدقته الاخت الاولى فنصف المال للاخ
 المنكر والنصف بين الاخ المقر وبين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وان كذبه فان كان دفع اليها نصيبها وهور
 ثلث النصف وذلك سدس الكل بقضاء الباقي بين المقر وبين الاخت الاخرى للذكر مثل حظ الانثيين لما مر
 ان المدفوع بغير قضاء في حكم الهالك فلا يكون مضموناً على الدافع وان كان الدفع بغير قضاء فان المقر يعطى
 للاخت الاخرى مما في يده نصف ربع جميع المال لان الدفع بغير القضاء اتلاف فصار كأنه قائم في يده وقد أقر
 باختين ولو كان كذلك يكون لهما ربع جميع المال لكل واحدة ثمن كذلك ههنا يعطى الاخت الاخرى مما في يده
 نصف ربع جميع المال والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقر أحدهما بامرأة لا يسه ثم أقر بأخرى فان أقر بهما معاً
 فذلك التسعان لهما جميعاً وهذا ظاهر لان فرض الزوجات لا يختلف بالقلة والكثرة وان أقر بالاولى ودفع اليها ثم

بالاخرى فان صدقته الاولى فكذلك الجواب وان كذبت فالنصف للاخ المنكر وتسعان للاولى فبقي هناك الابن المعروف والمرأة الاخرى فينظر ان كان دفع التسعين الى الاولى بالقضاء يجعل ذلك كالهالك ويجعل كان لم يكن له مال سوى الباقي وهو سبعة أسهم فيكون ذلك بين الابن المقر وبين المرأة الاخرى على ثمانية أسهم ثمن من ذلك للمرأة وسبعة للابن المقر وان كان دفع اليها بغير قضاء يعطى من التسعة التي هي عنده سهمان للمرأة الاخرى وهو سبع ونصف جميع المال لان المدفوع كالتأتم عنده ولو كان نصف المال عنده قائماً يعطى الاخرى التسع وذلك سهم لان المقر به عن المال للمراأتين جميعاً والثن هو تسعان تسع للاولى وتسع للاخرى الا أن الاولى ظلمت حيث أخذت زيادة سهم وذلك الظلم حصل على الاخ المقر لانه هو الذي دفع بغير قضاء القاضي في دفع التسع الثاني الى الاخرى وهو سبع ونصف المال والباقي للابن وهو ستة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولومات رجل وترك ابناً معروفاً والفقير درهم في يده فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فدفع الى الغريم ذلك ثم ادعى رجل آخر على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فان كان دفع الى الاول بقضاء لم يضمن للثاني شيئاً لانه في الدفع مجبور فكان في حكم الهالك وان كان بغير قضاء يضمن للثاني نصف المال لانه مختار في الدفع فكان اتلاً فافضمن كما اذا أقر لهما ثم دفع الى أحدهما ولومات وترك ألف درهم فاقرب باخ ثم رجع وقال لست باخ لي وإنما أخى هذا الرجل الآخر وصدقه الآخر بذلك وكذبه في الاقرار الاول فان كان دفع النصف الى الاول بقضاء يشاركه الثاني فيما في يده فيقتسمان نصفين لما بيننا ان الدفع بقضاء في حكم الهلاك وان كان بغير قضاء يدفع جميع ما في يده وهو نصف المال الى الآخر لما بيننا ولومات وترك ابناً والفقير درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث ودفع اليه بقضاء أو بغير قضاء وادعى رجل آخر على الميت ديناً ألف درهم وكذبه الوارث وصدقه الغريم الاول وأنكر الغريم الثاني دين الغريم الاول لم يلتفت الى انكاره ويقتسمان الالف بينهما نصفين لان استحقاق الغريم الثاني انما ثبت باقرار الغريم الاول وهو يصدقه وهو ما أقر له الا بالنصف وكذلك لو أقر الغريم الثاني لغريم ثالث فان الغريم الثالث يأخذ نصف ما في يده لما قلنا ولومات وترك القافي يدرج لفقير الرجل فقال الرجل أنا أخوه لابي وأمه وأنت أخوه لابي وأمه وأنكر المقر به أن يكون المقر أخاه فالقول قول المقر استحسننا على ما بيننا ولو قال المقر للمقر به أنا وأنت أخواه لابي وأمه ولى عليه ألف درهم دين وأنكر المقر به الدين فالمال بينهما نصفان لان دعوى الدين دعوى امر عارض مانع من الارث فلا يثبت الا بحجة ولومات وترك ابناً والفقير درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث بذلك ودفع اليه ثم ادعى رجل آخر ان الميت أوصى له بثلث ماله أو ادعى انه ابن الميت وصدقهما بذلك الابن المعروف وكذبه فيما أقر فان كان دفع بغير قضاء فلا ضمان على الدافع لان الارث والوصية مؤخران عن الدين فاقراه لم يصح في حق ثبات النسب وإنما يصح في حق الميراث ولم يوجد الميراث ولو أقر لهما أول مرة ودفع اليهما ثم أقر للغريم كان للغريم أن يضمه ما دفع الى الاولين لان الدين مقدم فاذا دفع بغير قضاء فقد أتلف على الغريم حقه وان كان الدفع بقضاء لا ضمان عليه لما بيننا ولو ثبت الوصية أو الميراث بالبينة بقضاء أو بغير قضاء ثم أقر الغريم بدينه فلا ضمان عليه للغريم فيما دفعه الى الوارث والموصى له لانه لما قامت البينة على الميراث أو الوصية فقد ظهر انه وارث معروف أو موصى له فلا قرار بالدين لا يوجب بطلان حقهما ولو لم يكن دفع اليه لا يجوز له أن يدفع الى الغريم ويجبره القاضي على الدفع الى الوارث والموصى له لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق الاقرار بعد وجوده يبطل بشيئين أحدهما تكذيب المقر له في أحد نوعي الاقرار وهو الاقرار بحقوق العباد لان اقرار المقر دليل لزوم المقر به وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم واللزوم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع الشك والثاني رجوع المقر عن اقراره فيما يحتمل الرجوع في أحد نوعي الاقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصاً كحد الزنا لانه يحتمل أن يكون صادقا في الانكار فيكون كاذباً

في الافرار ضرورة فيورث شبهة في وجوب الحد وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت لمفلنا وروى ان مانع المارجم بعض الخجارة هرب من أرض قليلة الخجارة الى أرض كثيرة الخجارة فلما بلغ ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام سبحان الله هلا خليت سبيله ولهذا يستحب للامام تلقين المتمر الرجوع بقوله لعلك لمسها أو قبلها كما تلقن رسول الله صلى الله عليه وسلم مانعاً أو كالتن عليه الصلاة والسلام السارق والسارقة بقوله عليه الصلاة والسلام ما أخلد سرق أو أسرقت قولي لا لو لم تكن محنة الرجوع لم تكن للثلاثين معنى وفائدة فكان الملقين منه عليه أفضل التحية والتسليم احتيالا للدرء لا بد أمر نأيد بقوله عليه أفضل التحية ادرؤا الحدود بالشبهات وقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب لان الحد الواجب به باحق الله سبحانه وتعالى حله فيصح الرجوع عن الافرار به ما لا أن في السرقة يصح الرجوع في حق النطع لا في حق المال لان النطع حق الله تعالى عز شأنه على الخلوص فيصح الرجوع عنه فأما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لان للعبد فيه حتما فيكون مهمما في الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق الممنوعة للعباد وكذلك الرجوع عن الاقرار بالنكاح لان النكاح حلال في العباد فلا يحتمل الرجوع والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب الجنایات

الجنایة في الاصل نوعان جنایة على المأثم والجنایة على الآدمي (أما) الجنایة على المأثم والجنایات ونوعان أيضا غصب واتلاف وقد ذكرنا كل واحد منهما في كتاب الغصب وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجنایة على الآدمي خاصة فنقول وبالله تعالى التوفيق الجنایة على الآدمي في الاصل أنواع ثلاثة جنایة على النفس مطلقا وجنایة على مادون النفس مطلقا وجنایة على ما هو نفس من وجهه دون وجهه (أما) الجنایة على النفس مطلقا فهي قتل المولود والكلام في القتل في مواضع في بيان أنواع القتل وفي بيان صفة كل نوع وفي بيان حكم كل نوع منه (أما) الاول فالقتل أربعة أنواع قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم وقتل عمد فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبهة العدم وقتل هو في معنى القتل الخطأ (أما) الذي هو عمد محض فهو ان يقتل القتل بحديد له حد او طعن كالسيف والسيك والرمح والاشنار والابرة وما شبه ذلك او ما يعمل عمل هذه الاشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمرورة والرمح الذي لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذة من النحاس وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعود ونحوه من الخشب والبراقع والفأس والمرور ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية (وروى) الطحاوي عن أبي حنيفة رضي الله عنهم انه ليس بعمد فعلى ظاهر الرواية العبرة بالحد بغير نفسه سواء جرح أولا وعلى رواية الطحاوي العبرة بالجرح نفسه حديدا كان أو غيره وكذلك اذ كان في معنى الحديد كالصنفر والنحاس والآلة والرمح والذهب والفضة فحكمه حكم الحديد وأما شبه العمد فثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه أما المتفق عليه فهو ان يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو بطمسة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال في الضربات وأما المختلف فيه فهو ان يضرب بالسوط الصغير ويوال في الضربات الى ان يموت وهذا شبه عمد بخلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعي رحمه الله هو عمد وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجرح ولا طعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما والشافعي هو عمد ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد كما كان شبه عمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس لان مادون النفس لا يقصد ان يهلكه بالآلة دون الآلة فاستوت الآلات كلها في الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا

محضاً فينظر ان أمكن إيجاب القصاص يجب القصاص وان لم يمكن يجب الارش وأما القتل الخطأ فالخطأ قد يكون في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل أما الاول فنحو ان يقصد صيداً فيصيب آدمياً وان يقصد رجلاً فيصيب غيره فان قصد عضواً من رجل فاصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ وأما الثاني فنحو ان يرمى الى انسان على ظن انه حر بنى أو مرتد فاذا هو مسلم وأما الذى هو في معنى الخطأ فنذكر حكمه وصفته بعد هذا ان شاء الله تعالى فهذه صفات هذه الانواع وأما بيان أحكامها فوفوع القتل باحدى هذه الصفات لا يخلو اما ان علم واما ان لم يعلم بان وجد قتيلاً لا يعلم قابله فان علم ذلك أما القتل العمد المحض فيتعلق به أحكام منها وجوب القصاص والكلام في القصاص في مواضع في بيان شرائط وجوب القصاص وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان من يستحق القصاص وفي بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه وفي بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء وفي بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه (أما) الاول فلو وجوب القصاص شرائط بعضها يرجع الى التاتل وبعضها يرجع الى مقتول وبعضها يرجع الى نفس القتل وبعضها يرجع الى ولى القتل أما الذى يرجع الى القاتل خمسة أحدها ان يكون عاقلاً والثاني ان يكون بالغاً فان كان مجنوناً أو صبيّاً لا يجب لان القصاص عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة لانها لا تجب الا بالجناية وفعلهم لا يوصف بالجناية ولهذا لم تجب عليهما الحدود وأما ذكر كورة القاتل وحرمة واسلامه فليس من شرائط الوجوب والثالث ان يكون متعمداً في القتل قاصداً إياه فانه كان مخطئاً فلا قصاص عليه لقول النبي العمد قود أى القتل العمد يوجب القود شرط العمد لوجوب القود ولان القصاص عقوبة متناهية فيستدعى جنابة متناهية والجناية لا تنهاه الا بالعمد والرابع ان يكون القتل منه عمد محضاً ليس فيه شبهة العدم لانه عليه الصلاة والسلام شرط العمد مطلقاً بقول النبي العمد قود والعمد المطلق هو العمد من كل وجه ولا كمال مع شبهة العدم ولان الشبهة في هذا الباب ملحة بالحقيقة وعلى هذا يخرج القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل انه لا يوجب القود لان الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة بل التأديب والتهذيب فتمكنت في القصد شبهة العدم وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضى الله عنهم في الموالاة في الضربات انها لا توجب القصاص خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان الموالاة في الضربات دليل قصد القتل لانها لا يقصد بها التأديب عادة وأصل القصد موجود فيتمحض القتل عمداً فيوجب القصاص (ولنا) ان شبهة عدم القصد ثابتة لانه يحتمل حصول القتل بالضربة والضربتين على سبيل الاستقلال من غير الحاجة الى الضربات الاخر والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمداً فبين بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جاء الاحتمال جاءت الشبهة وزيادة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رضى الله عنه في القتل بالمثل انه لا يوجب القود خلافاً لهما والشافعي رحمه الله (وجه) قولهم ان الضرب بالمثل مهلك عادة ألا ترى انه لا يستعمل الا في القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال السيف وقد انضم اليه أصل القصد فكان القتل الحاصل به عمداً محضاً ولا بى حنيفة رحمه الله طريقان مختلفان على حسب اختلاف الروايتين عنه أحدهما ان القتل بالآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لان تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دالة عدم القصد فيتمكن في العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بحديد لا حدة له لان الحديد آلة معدة للقتل قال الله تبارك وتعالى وأرسلنا الحديد فيه بأس شديد والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمداً وهذا على قياس ظاهر الرواية والثاني وهو قياس رواية الطحاوى رحمه الله هو اعتبار الجرح انه يمكن القصور في هذا القتل وجود فساد الباطن دون الظاهر وهو نقض التركيب وفي الاستيفاء فساد الباطن والظاهر جميعاً فلا تتحقق المماثلة وعلى هذا الخلاف اذا خنق رجلاً فقتله أو غرقه بالماء أو انقاده من جبل أو سطج فأتى انه لا قصاص فيه عند أبي حنيفة وعندهما يجب ولو طين على أحد بيتاً حتى مات جوعاً أو عطشاً لا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة وعندهما يضمن الدية (وجه) قولهما ان الطين الذى عليه تسبب لا هلاك له لانه لا بقاء للآدمى الا بالاكل والشرب فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون

اهلا كاله فاشبه حفر البر على قارعة الطريق ولا بني حنيفة رحمه الله ان الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطين ولا صنع لاحد في الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر حصل من الحافر فكان قتلا تسيبيا ولو اطعم غيره سمافات فان كان تناول بنفسه فلا ضمان على الذي اطعمه لانه اكله باختياره لكنه يعزرو ويضرب ويؤدب لانه ارتكب جناية ليس لها حد مقدروهي العرو فان أوجره السم فعليه الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليه القصاص ولو غرق انسانا فمات أو صاح على وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الدية وعند غيره عليه القود والخامس ان يكون القتال مختارا اختيارا لا يثار عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر والشافعي رحمهما الله هذا ليس بشرط وعلى هذا يخرج المسكره على القتل انه لا قصاص عليه عندنا خلافا لهما والمسئلة: مرت في كتاب الاكراه وأما الذي يرجع الى المقتول فثلاثة أنواع أحدها ان لا يكون جزء القتال حتى لو قتل الاب ولده لا قصاص عليه وكذلك الجذاب الاب أو أب الام وان علا وكذلك اذا قتل الرجل ولد ولده وان سفلوا وكذا الام اذا قتلت ولدها أو أم الام أو أم الاب اذا قتلت ولد ولدها والا صل فيه ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الوالد والولد يتناول كل والد وان علا وكل ولد وان سفل ولو كان في ورثة المقتول ولد الفاني أو ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص للولد في نصيبه فلا يمكن الايجاب للباقيين لانه لا يتجزأ وتجب الدية للكل ويقتل الولد بالوالد لعمومات القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخاص فبقى الولد داخل تحت العموم ولان القصاص شرع لتحقيق حكمة الحياة بالزجر والردع والحاجة الى الزجر في جانب الولد لا في جانب الوالد لان الوالد يحب ولده ولولده لا لنفسه بوصول النفع اليه من جهته أو يحبه حياة الذكرا لما يحيي به ذكره وفيه أيضا زيادة شفقة تمنع الوالد عن قتله فاما الولد فاما يحب والده لا لو لده بل لنفسه وهو وصول النفع اليه من جهته فلم تكن محبته وشفقته مانعة من القتل فلزم المنع بشرع القصاص كما في الاجاب ولان محبة الولد لو لده لما كانت لمنافع تصل اليه من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد لينعجل الوصول الى أملاكه لا سيما اذا كان لا يحصل النفع اليه من جهته لعوارض ومثل هذا يندر في جانب الاب والثاني ان لا يكون ملك القتال ولا له فيه شبهة الملك حتى لا يقتل المولى بعبده لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولا نه لو وجب القصاص لوجب له والقصاص الواحد كيف يجب له وعليه وكذا اذا كان يملك بعضه فقتله لا قصاص عليه لانه لا يمكن استيفاء بعض القصاص دون بعض لانه غير متميز وكذا اذا كان له فيه شبهة الملك كالمكاتب اذا قتل عبدا من كسبه لان للمكاتب شبهة الملك في اكسابه والشبهة في هذا الباب ملحقمة بالحقيقة ولا يقتل المولى بغيره وأم ولده ومكاتبه لانهم مماليك حقيقه ألا ترى انه لو قال كل مملوك لي فهو حر عتق هؤلاء المكاتب فانه لا يعتق الابلية لتصور في الاضافة اليه بالملك والملك اليدوي يقتل العبد بمولاه وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب لعمومات النصوص ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحياة بالزجر والردع بخلاف المولى اذا قتل هؤلاء لان شفة المولى على ماله تمنعه عن القتل عند سيحان العداوة الحامل على القتل الا نادرا فلا حاجة الى الزجر بالقصاص بخلاف العبد ولو اشترك انسان في قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفردوا الآخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا كالصبي مع البالغ والمجنون مع العاقل والخاطي مع العامد والاب مع الاجنبي والمولى مع الاجنبي لا قصاص عليهم ما عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص على العاقل والبالغ والاجنبي الا العامد فانه لا قصاص عليه اذا شاركه الخاطي (وجهه) قوله ان سبب الوجوب وجد من كل واحد منهما وهو القتل العمدا لانه امتنع الوجوب على أحدهما المعنى يخصه فيجب على الآخر ولنا انه نمكنت شبهة عدم القتل في فعل كل واحد منهما لانه يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلا في القتل فيكون فعل الآخر فضلا ويحتمل على القلب وهذه الشبهة نابتة في الشر يكين الاجنبيين الا ان الشرع أسقط اعتبارها وألحقها بالعدم فتحال الباب القصاص وسد الباب العدوان لان الاجتماع لم يكون أغلب وهما أندر فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يلحق

به وعلم ما الدية لوجود القتل الا انه امتنع وجوب القصاص للشبهة فتجب الدية ما يجب على الصبي والمجنون
والخاطى نجهله العاقلة وما يجب على البالغ والعقل والعامد يكون في ماله لان القتل عمد لكن ستط القصاص
للشبهة والعاقلة لا تعقل العمد وفي الاب والاجنبى الدية في ماله لان القتل عمد وفي المولى مع الاجنبى على
الاجنبى نصف قيمة العبد في ماله اقلنا وكذلك اذا جرح نفسه وجرحه اجنبى فان لقصاص على الاجنبى
عندنا خلافا للشافعى وعلى الاجنبى نصف الدية لاننا نثبت بجرحه اجنبى فان لقصاص على الاجنبى
بأنى في موضع آخر ان شاء الله تعالى والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمى بالكفر الا جرحه
ولا بالمرتد لعدم العصمة اولا ورأسا ولا بالجرح المستأن من في ظاهر الرواية لان عصمة ما يثبت بمظنة بل
مؤقتة الى غاية مثامه في دار الاسلام وهذا لان المستأن من أهل دار الحرب وان دخل دار الاسلام لا تقصد
الاقامة بل لعارض حاجة يدفعها يعود الى وده الاصلى فكما في عصمة شبهة العدم وروى عن
أبي يوسف انه يقتل بد قصاصا التام العصمة وقت القتل وهل يقتل المستأن من بالمستأن من ذكر في السير الكبير انه يقتل
وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقتل ولا يقتل العادل بالباغى لعدم العصمة بسبب الحرب لانهم يقصدون أموالا
وأفئسا ويستحلون او قد قل عليه ان محلا ذوالسلام قال دون تسكن وقال عليه الصلاة والسلام قابل دون مالك ولا
يقتل الباغى بالعادل أيضا عندنا وعند الشافعى رحمه الله يقتل لان المتول معصوم مطلقا (وانا) انه غير معصوم في
زعم الباغى لانه يستحل دم العادل بتأويل وأوله وان كان فسد الكن لدمعة والتأويل الفاسد عند وجود المنعة
الحق بالتأويل الصحيح في حق وجوب الضمان باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانه روى عن الزهري انه قال
وقعت الفتنة والصحابة متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل بتأويل القرآن العظيم فهو موضوع وعلى هذا يخرج
ما اذا قال الرجل لا خرافتي فقتله انه لا قصاص عليه عندنا ابنا الثلاثة وعند زفر يجب القصاص (وجه) قوله ان
الامر بالقتل لم يتدح في العصمة لان عصمة النفس مما لا يحتمل الا حجة بخلاف الأمرى انديا سم بالذول فكان الامر ملحقا
بالعدم بخلاف الامر بالنطق لان عصمة الطرف لا تشمل الاباحة في الجملة فجاز ان يؤثر الامر فيها ولنا انه تمكنت في
هذه العصمة شبهة العدم لان الامر وان لم يصح حجية قصيفته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الجعينة
واذا لم يجب القصاص فهل تجب الدية فيه روايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية تجب وفي رواية لا تجب وذكر
القدمى رحمه الله ان هذا أصح الروايتين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ويبنى ان يكون الاصح هي الاولى
لان العصمة قائمة مقام الحرمة وانما سقطت القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال ولو قال اقطع يدي
فقطع لا شئ عليه بالاجماع لان الاطراف يساكنها امساك الاموال وعصمة الاموال تثبت حتاله فكما كانت محتمة
للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال له انا فمالى فاتفقه ولو قال اقتل عبدى او اقطع يده فقتل أو قطع فلا ضمان عليه
لان عبد ماله وعصمة ماله تثبت حتاله فجاز ان يستحل بذنه كما في سائر أمواله ولو قال اقتل أخى فقتله وهو وارثه الفياس
ان يجب القصاص وهو قول زفر رحمه الله وقال أبو حنيفة رضي الله عنه أستحسن ان آخذ الدية من القتال (وجه)
القياس ان الاخ الا امر اجنبى عن دم أخيه فلا يصح اذنه بالقتل فالتحقق بالعدم (وجه) الاستحسان ان القصاص
لو وجب بقتل أخيه لوجب له والقتل حصل بذنه والاذن ان لم يعمل شرعا لكنه وجد حقيقة من حيث الصيغة
فوجوده يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة لا تؤثر في وجوب المال وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله
عنهما فيمن أمر انسانا ان يقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا يوجب اختلاف الروايتين ولو أمره ان يشجه
فشجه فلا شئ عليه ان لم يمت من الشجة لان الامر بالشجة كالا امر بالقطع وان مات منها كانت عليه الدية كذا ذكر في
الكتاب ويحتمل هذا ان يكون على أصل أبي حنيفة رحمه الله خاصة بناء على ان العفو عن الشجة لا يكون عفوا عن
القتل عنده فكذا الامر بالشجة لا يكون أمرا بالقتل ولما مات تبين ان الفعل وقع قتلا من حين وجوده لا شجرا وكان

القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية فاما على أصلها فينبغي ان لا يكون عليه شيء لان العفو عن الشبهة يكون عفواً عن القتل عندهما فكذلك الامر بالشبهة يكون أمر بالقتل وروى ابن سماعة عن محمد بن محمد رحمهما الله فيمن أمر انساناً بان يقطع يده ففعل ذات من ذلك انه لا شيء على قاطعه ويحتمل أن يكون هذا قولهما خاصة كما قالوا فيمن له القصاص في الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص ذات انه لا شيء عليه فاما على قول أبي حنيفة رحمه الله فيمنبغي ان يجب الدية لانه لما مات نبي ان الفعل وقع قتلاً والمأمور به النطق لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص كما قال فيمن له القصاص في الطرف الا انه سقط لمكان الشبهة فتجب الدية وعلى هذا يخرج الخبر في اذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم انه لا قصاص عليه عندنا لانه وان كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب قال الله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة في عصمته ولانه اذا لم يهاجر اليها فهو من الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وان لم يكن منهم دينا فهو منهم دار فيورث الشبهة ولو كانا مسلمين تاجر بن أو أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً وموجب الدية والكفارة في التاجر وفي الأسيرين خلاف ذكرناه في كتاب السير ولا يشترط ان يكون المقتول مثل القاتل في كمال الذات وهو سلامة الاعضاء ولا ان يكون مثله في الشرف والضميلة فيقتل سليم الا حراف بنفطوع الاطراف والاشل ويقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع والعامل بالمجنون والبالغ بالصبي والذكر بالانثى والحر بالعبد والمسلم بالذمي الذي يؤدي الجزية ويجرى عليه أحكام الاسلام وقال الشافعي رحمه الله كون المقتول مثل القاتل في شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان الكفر والرق يمنع من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمي ولا الحر بالعبد ولا خلاف في أن الذمي اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل انه يقتل به قصاصاً وكذا العبد اذا قتل عبداً ثم عتق القاتل احتج في عدم قتل المسلم بالذمي بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقتل مؤمن بكافر وهذا نص في الباب ولان في عصمته شبهة لعدم ثبوتها مع القيام المنافي وهو الكفر لانه مبيح في الاصل لكونه جنابة متناهية فيوجب عتوبة متناهية وهو القتل لكونه من أعظم العفو بات الدينية الا أنه منع من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث شبهة ولهذا لا يقتل المسلم بالمستأمن فكذلك الذمي ولان المساواة شرط وجوب القصاص ولا مساواة بين المسلم والكافر ألا ترى أن المسلم مشهود له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقاء فاني يتساويان (ولنا) عمومات القصاص من نحو قوله تبارك وتعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله سبحانه وتعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله جلّت عظمته ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً من غير فصل بين قتل وقيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل وقوله سبحانه وتعالى عز من قائل ولكم في القصاص حياة وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب ويجب عليه قتله لغير ما نهى فكانت الحاجة الى الزاجر أمس فكان في شرع القصاص فيه في تحقيق معنى الحياة أبلغ وروى محمد بن الحسن رحمهما الله بأسنا: عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أقام مؤمناً بكافر وقال عليه الصلاة والسلام أنا أحق من وفي ذمته وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول أو نحمله على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قوله في عصمته شبهة لعدم ممنوع بل دمه حرام لا يحتمل الا باحالة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام وقوله الكفر مبيح على الاطلاق ممنوع بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب وكفره ليس بباعث على الحراب فلا يكون مبيحاً وقوله لا مساواة بين المسلم والكافر قلنا المساواة في الدين ليس بشرط ألا ترى أن الذمي اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل يقتل به قصاصاً ولا

مساواة بينهما في الدين لكن القصاص محنة امتحنوا الخلق بذلك فكل من كان أقبل بحق الله تعالى واشكر لنعمه كان أولى بهذه المحنة لأن العذر له في ارتكاب الحذور أقل وهو بالوفاء بعهد الله تعالى أولى ونعم الله تعالى في حقه أكمل فكانت جنايته أعظم واحتج في قتل الحر بالعبد بقول الله تبارك وتعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وفسر القصاص المكتوب في صدر الآية بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب أن لا يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً ولا أنه لا مساواة بين النفسين في العصمة لوجهين أحدهما أن الحر آدمي من كل وجه والعبد آدمي من وجه مال من وجه وعصمة الحر تكون له وعصمة المال تكون للمالك والثاني أن في عصمة العبد شبهة العدم لأن الرق أنرا الكفر والكفر مبيح في الأصل فكان في عصمته شبهة العدم وعصمة الحر تثبت مطلقة فإني يستويان في العصمة وكذا لا مساواة بينهما في الفضيلة والكمال لأن الرق يشعر بالذل والنقصان والحرية يأنى عن العزة والشرف (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين الحر والعبد ولأن ما شرع له القصاص وهو الحياة لا يحصل إلا بإيجاب القصاص على الحر بقتل العبد لأن حصوله يقف على حصول الامتناع عن القتل خوفاً على نفسه فلو لم يجب القصاص بين الحر والعبد لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن قتله بل يقدمه عليه عند أسباب حاملة على القتل من الغيظ المفرط ونحو ذلك فلا يحصل معنى الحياة ولا حجة في الآية لأن فيها أن قتل الحر بالحر والعبد بالعبد قصاص وهذا لا يفي أن يكون قتل الحر بالعبد قصاص إلا أن التنقيص لا يدل على التخصيص ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ثم البكر إذا زنى بالثيب وجب الحكم الثابت بالحديث فدل أنه ليس في ذكر شكل بشكل تخصيص الحكم به يدل عليه أن العبد يقتل بالحر والاني بالذكر ولو كان التنقيص على الحكم في نوع موجباً لتخصيص الحكم به لما قتل ثم قوله تعالى والاني بالاني حجة عليكم لأنه قاتل الانى بالاني مطلقاً فيقتضى أن تقتل الحرة بالامة وعندكم لا تقتل فكان حجة عليكم وقوله العبد آدمي من وجه مال من وجه قلنا لا بل آدمي من كل وجه لأن الآدمي اسم لشخص على هيئة مخصوصة منسوب الى سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام والعبد بهذه الصفة فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على أن نفس العبد في الجناية له لأمولاه بدليل أن العبد لو أقر على نفسه بالقصاص والحد يؤخذ به ولو أقر عليه مولاه بذلك لا يؤخذ به فكان نفس العبد في الجناية له لأمولى كنفس الحر للحر وأما قوله الحر أفضل من العبد فنعم لكن التفاوت في الشرف والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص ألا ترى أن العبد لو قتل عبداً ثم أعتق القاتل يقتل به قصاصاً وإن استفاد فضل الحرية وكذا الذكر يقتل بالاني وإن كان الذكر أفضل من الانى وكذا لا تشتط المماثلة في العدد في القصاص في النفس وإنما تشتط في الفعل بمقابلة الفعل زجراً وفي الفأنت بالفعل جبراً حتى لو قتل جماعة واحداً يقتلون به قصاصاً وإن لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود المماثلة في الفعل والفأنت به زجراً وجبراً على ما نذكره إن شاء الله تعالى وأحق ما يجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل التعاون والاجتماع فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص إذ كل من رام قتل غيره استعان بغير يضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تقويت ما شرع له القصاص وهو الحياة هذا إذا كان القتل على الاجتماع فأما إذا كان على التعاقب بأن شت رجل بطنه ثم حز آخر رقبتة فالقصاص على الحازان كان عمداً وإن كان خطأ فالدية على عاقلته لأنه هو القاتل لا الشاق ألا ترى أنه قد يعيش بعد شق البطن بأن يخاط بطنه ولا يحتمل أن يعيش بعد حز رقبتة عادة وعلى الشاق ارش الشق وهو ثلث الدية لأنه جائفة وإن كان الشق نفذ من الجانب الآخر فله ثلث الدية في سنتين في كل سنة ثلث الدية لأنهما جائفتان هذا إذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوماً أو بعض يوم فأما إذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه الاغمرات الموت والاضطراب فالقصاص على الشاق لأنه القاتل ولا ضمان على الحاز لأنه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعزى لارتكابه جناية ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحة مشخنة لا يعيش

معها عادة. ثم جرحه آخر جراحة أخرى فالقصاص على الأول لأنه القاتل لا تيانه بفعل مؤثر في فوات الحياة عادة فان كانت الجراحاتان معا فالقصاص عليهما لانهما قاتلان ولو جرحه أحدهما جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فالقصاص عليهما ولا عبرة بكثرة الجراحات لان الانسان قديعوت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء ولا يجب مع القودشي من المال عندنا وقال الشافعي رحمه الله ينظر أن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول قصاصا وتؤخذ ديات الباقي من تركته وان قتلهم معافله فيه قولان في قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل وتجب الدية للباقي وفي قول يجتمع أولياء القتلى فيقتلونه وتقسيم ديات الباقي بينهم (وجه) قوله أن المماثلة مشروطة في باب القصاص ولا مماثلة بين الواحد والجماعة فلا يجوز أن يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء به فيقتل الواحد بالواحد وتجب الديات للباقي كما لو قطع واحد يميني رجلين انه لا يقطع بهما اكتفاء بل يقطع أحدهما وعليه ارش الاخرى لما قلنا كذا هذا وكان ينبغي أن لا يقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا ان اعرفنا ذلك باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم غير معقول أو معقولا بحكمة الزجر والردع لما يغلب وجود القتل بصفة الاجتماع فتقع الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال كان ليس معه غيره تحقيقا للزجر وقتل الواحد الجماعة لا يغلب وجوده بل يندر فلم يكن في معنى ما ورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول حق الاولياء في القتل مقدور الاستيفاء لهم فلو أوجبنا معه المال لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم أن التماثل في باب القصاص اما ان يراعى في الفعل زجرا أو اما ان يراعى في الفأنت بالفعل جبرا وأما ان يراعى فيهما جميعا وكل ذلك موجود ههنا أما في الفعل زجرا فلان الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر في فوات الحياة عادة والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله فكان الجزاء مثل الجناية وأما في الفأنت جبرا فلانه بقتله الجماعة ظلماً انعقد سبب هلاك ورثة القتلى لانهم يقصدون قتله طلباً للثأر وتشفياً للصدر فيقصد هوقتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فتقع الحاربة بين القبيلتين ومقتل منهم قصاصا سكنت الفتنة واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم فتحصل الحياة لكل قتل معنى ببقاء حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كان القاتل دخر حياة كل قتل تقدير ابدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر بالقدر الممكن كما في قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد من غير تفاوت وأما الذي يرجع الى نفس القتل فنوع واحد وهو ان يكون القتل مباشرة فان كان تسبباً لا يجب القصاص لان القتل تسبباً لا يساوي القتل مباشرة والجزاء قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ومات أنه لا قصاص على الحافر لان الحفر قتل سبباً لا مباشرة وعلى هذا يخرج شهود القصاص اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه أو جاء المشهود بقتله حياً أنه لا قصاص عليهم عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله (وجه) قوله أن شهادة الشهود وقعت قتلا لان القتل اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد من الشهود لان شهادتهم مؤثرة في ظهور القصاص والظهور مؤثر في وجوب القضاء على القاضي وقضاء القاضي مؤثر في ولاية الاستيفاء وولاية الاستيفاء مؤثرة في الاستيفاء طبعاً وعادة فكانت فوات الحياة بهذه الوسائط مضافة الى الشهادة السابقة فكانت شهادتهم قتلا تسبباً والقتل تسبباً مثل القتل مباشرة في حق وجوب القصاص كالا كراه على القتل أنه يوجب القصاص على المكروه وان لم يكن قتلا بطريق المباشرة لوقوعه قتلا بطريق التسبب كذا هذا (ولنا) ما ذكرنا أن القتل تسبباً لا يساوي القتل مباشرة لان القتل تسبباً قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة بخلاف الا كراه على القتل لانه قتل مباشرة لانه يجعل المكروه آلة المكروه كانه أخذه وضربه على المكروه على قتله والفعل مستعمل الآلة لآلة فكان قتلا مباشرة ويضمنون الدية لوجود القتل منهم وهل يرجعون بها على الولي اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يرجعون وعندهما يرجعون لهما أن الشهود باداء الضمان قاموا مقام المقتول في ملك بدله ان لم يقوموا مقامه في ملك

عينه فاشبهه عاصب المدبر اذا غصب منه فمات في يد الغاصب الثاني أن الاول أن يرجع على الثاني بما ضمنه المالك لما ذكرنا كذا هذا ولا يحنيفة رحمه الله أن الدية بدل النفس ونفس الحر لا يحتمل انتمالك فلا تبنت المالك لهم في البدل بخلاف المدبر لانه محتمل للتملك لكونه قانلاً إلا أنه امتنع ثبوت المالك فيه لمعارض وهو التدبير فيثبت في بدله والله سبحانه ونعم الى أعلم وأما الذي يرجع الى ولي القتل فواحد أيضاً وهو أن يكون الولي معلوماً فإن كان مجهولاً لا يجب القصاص لأن وجوب القصاص وجوب للاسنيفاء والاسنيفاء من المجهول متعذر فتعذر الايجاب له وعلى هذا المخرج ما اذا قتل المكاتب وترك وفاء وورثة أحرار غير المولى أنه لا قصاص على القاتل بالاجماع لأن المولى مشتبه يحتمل أن يكون هو الوارث ويحتمل أن يكون هو المولى لا اختلاف الصحابة الكرام رضي الله عنهم في موته حراً أو عبداً فإن مات حراً كان وليه الوارث وإن مات عبداً كان وليه المولى وموضع الاختلاف موضع التعارض والاشتباه فلم يكن الولي معلوماً فامتنع الوجوب وإن اجتمع ليس لهما أن يستوفيا لأن الاشتداد لا يزول بالاجتماع هذا إذا ترك وفاء وورثة غير المولى فاما إذا ترك وفاء ولم يترك ورثة غير المولى فقد اختلف أصحابنا فيه عندهم ما يجب القصاص للمولى وعند محمد لا يجب القصاص أصلاً وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً وجه قول محمد أنه وقع الاشتباه في سبب نبوت الولاية لانه إن مات حراً كان سبب نبوت الولاية القرابة فلا تثبت الولاية للمولى وإن مات عبداً كان السبب هو الملك فتثبت الولاية للمولى فوق الاشتباه في نبوت الولاية فلا تثبت ولهما أن من له الحق متعين غير مشتبه لأن الاشتباه موجب المزامعة ولم يوجد ولو قتل ولم يترك وفاء وجب القصاص بالاجماع لأن الولي معلوم وهو المولى لانه يموت رقيقاً بلا خلاف فكان القصاص للمولى كالعبد القن إذا قتل وكذلك المدبر والمديرة وأم الولد وولدها بمنزلة العبد القن لانهم قتلوا على ملك المولى فكان الولي معلوماً ولو قتل عبد المكاتب فلا قصاص لأن المكاتب له نوع ملك وللمولى أيضاً فيه نوع ملك فاشبهه الولي فامتنع الوجوب وعلى هذا المخرج ما اذا قطع رجل بد عبداً فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك أنه إن كان للعبد وارث حر غير المولى فلا قصاص لاشتباهه ولي القصاص يجب عند الموت مسنداً الى القطع السابق والحق عند القطع للمولى لا للورثة وعند ثبوت الحكم وهو الوجوب وذلك عند الموت الحق للوارث لا للمولى فاشبهه المولى فلم يجب القصاص ولو اجتمع المولى مع الوارث فلا قصاص لأن الاشتباه لا يزول باجتماعهما فرق بين هذا وبين العبد الموصى برقبته لانه إن كان له وارث فاشبهه المولى فلم يجب القصاص لأن المولى لم يشبهه الولي لأن لصاحب الرقبة ملكاً ولصاحب الخدمة حقاً يشبهه الملك فلم يشبهه الولي وههنا اشتبهه الولي لأن وقت القطع لم يكن للوارث فيه حق ووقت الموت لم يكن للمولى فيه حق فصار الولي مشتبهاً فامتنع الوجوب وإن لم يكن وارث سوى المولى فهو على الاختلاق الذي ذكرنا أن على قولهما للمولى أن يستوفي القصاص لأن الحق له وقت القطع ووقت الموت وعلى قول محمد ليس له حق الاقتصاص لاشتباهه سبب الولاية لأن الثابت للمولى وقت القطع كان ولاية الملك وبعد الموت له ولاية العتاقة فاشبهه سبب الولاية هذا إذا كان القطع عمداً فاما إذا كان خطأ فاعتقه ثم مات من ذلك فلا شيء على القاطع غير ارش السيد وهو نصف قيمة العبد واعتاقه اياه بمنزلة برئه في اليد لتبديل الحل حكماً بالاعتاق فتقطع آية السراية هذا إذا أعتقه المولى بعد القطع عمداً أو خطأ فمات من ذلك فاما إذا لم يعتقه ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها ثم مات من ذلك فإن كان القطع عمداً فللمولى القصاص لأن الحق له وقت القطع والموت جميعاً فلم يشبهه الولي وإن كان خطأ لا تنقطع السراية فيجب نصف القيمة دية السيد ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت لحصول ذلك في ملك المولى ولو كاتبه والمسألة بحالها فإن كان القطع عمداً ينظر إن مات عاجزاً فللمولى القصاص لانه مات عبداً وإن مات عن وفاء فإن كان له وارث يجب المولى أو يشاركه لا يجب القصاص لاشتباهه الولي وعليه ارش اليد لا غير ولو لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمد ليس له أن يقتص وعليه ارش اليد وإن كان القطع خطأ لا شيء على القاطع إلا ارش اليد وهو نصف القيمة للمولى وتنقطع السراية

هذا اذا كان القطع قبل الكتابة فان كان بعدها فمات كان القطع عمدا ينظر ان مات عاجزا فالقصاص لا يقتص
لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فان كان مع المولى وارث آخر أو غيره يشاركه في الميراث فلا قصاص لاشتباه
المولى وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذي ذكرنا وان كان القطع خطأ فان مات عاجزا فالقيمة للمولى
لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة لانه مات حرا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في كيفية وجوب القصاص فهو واجب عينا حتى لا يملك المولى ان يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه
ولو مات القاتل أو عفا المولى سقط الموجب أصلا وهذا عندنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول القصاص ليس
بواجب عينا بل الواجب احد الشيتين غير عين (اما) القصاص (واما) الدية وللمولى خيار التعيين ان شاء استوفى
القصاص وان شاء أخذ الدية من غير رضا القاتل فعلى هذا القول اذا مات القاتل يتعين المال واجبا فاذا عفا المولى
سقط الموجب أصلا وفي قول القصاص واجب عينا لكن للمولى ان يأخذ المال من غير رضا القاتل واذا عفا له ان
يأخذ المال واذا مات القاتل سقط الموجب أصلا احتج بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شي فاتباع بالمعروف واداء
اليه باحسان معناه فليتبع وليؤد الدية أو جب سبحانه وتعالى على القاتل اداء الدية الى المولى مطلقا عن شرط الرضا
لان اداء الدية صيانة النفس عن الهلاك وانه واجب قال الله تعالى جل شأنه ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ولان
ضمان القتل يجب حقا للمقتول لان الجناية وردت على حقه فكان الواجب به احتقاله وحق العبد ما ينتفع به والمقتول
لا ينتفع بالقصاص و ينتفع بالمال لانه تقضى منه ديونه وتنقذ منه وصاياه وكان ينبغي أن لا يشرع القصاص أصلا
الا أنه شرع لحكمة الزجر لان الانسان لا يمتنع من قتل عدوه خوفا من لزوم المال فشرع ضمانا زاجرا كان ينبغي أن
يجمع بينهما كما في شرب خمر الذمي الا أنه تعذر الجمع لان الدية بدل النفس وفي القصاص معنى البدلية قال الله تبارك
وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والباء تستعمل في الابدال فتؤدى الى الجمع بين البدلين وهذا لا يجوز فخير
بينهما (ولنا) قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وعذا يفيد تعيين القصاص موجبا وبطل
مذهب الابهام جميعا اما الابهام فلا نه أخبر عن كون القصاص واجبا فيصدق القول عليه بأنه واجب وان كان عليه
أحد حقين لا يصدق القول على أحدهما بأنه واجب (وأما) التعيين فلا نه اذا وجب القصاص على الإشارة اليه
بطل القول بوجوب الدية بضرورة النص لانه لا يقابل بالجمع بينهما فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل ولان
القصاص اذا كان عين حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق أن يعدل من غير الحق الى بدله من غير رضا
من عليه الحق كمن عليه حنطة موصوفة فاراد صاحب الحق أن يأخذ منه قيمتها من غير رضاه ليس له ذلك كذا هذا
وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قدود وجه الاستدلال به على نحو وجه الاستدلال بالآية الشريفة ولان ضمان
العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل والقصاص وهو القتل الثاني مثل القتل الاول لانه ينوب مناب الاول ويسد
مسده ومثل الشئ غيره الذي ينوب منابه ويسد مسده وأخذ المال لا ينوب مناب القتل ولا يسد مسده فلا يكون
مثاله فلا يصلح ضمانا للقتل العمد وكان ينبغي أن لا يجب أصلا الا ان الوجوب في قتل الخطأ ثبت شرعا تخفيفا على
الخطأ نظر الله اظهار الخطر الدم صيانة له عن الهدر والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص فبقى
ضمانا أصليا في الباب (وأما) الآية الشريفة فالمراد من قوله سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شي هو المولى
لا القاتل لانه قال الله تبارك وتعالى فمن عفى له والقاتل معفو عنه لا معفوله ولانه قال تعالى اسمه فاتباع بالمعروف
فليتبع وانه أمر لمن دخل تحت كلمة فمن ومعلوم أن القاتل لا يتبع أحد أبدا بل هو المتبع وانما المتبع هو المولى فكان هو
الداخل تحت كلمة فمن فكان معنى الآية الكريمة فمن بذل له واعطى له من أخيه شي بطريق الفضل والسهولة فليتبع
بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى التفضل لانه قال الله سبحانه وتعالى ويستلونك ماذا ينفقون قل العفو
أي الفضل وتقول العرب خذ ما أتاك عفو أي فضلا ونحن به نقول انه يجوز أخذ المال من القاتل برضاه وقيل الآية

الشريعة نزلت في الصلح عن دم العمد وقيل نزلت في دم بين نفر يعفو أحدهم عن القاتل فالباقين ان ينبعوا بالمعروف في نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من اخيه شيئا وهو العفو عن بعض الحق ونحن به نقول أوقع الاحتمال في المراد بالآية فلا يصح الاحتجاج بها مع الاحتمال وقوله في دفع الدية صيانة نفس القاتل عن الهلاك وانه واجب قلنا نعم لكن قضيته ان يصير انما بالامتناع لا ان يملك الولي أخذه من غير رضاه ممن أصابته مخمصة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته يجب عليه أن يشتره بدفع الهلاك عن نفسه فان امتنع عن الشراء ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام اليه ويأخذ الثمن من غير رضاه كذا هذا وقوله المقتول لا ينتفع بالقصاص قلنا ممنوع بل ينتفع به أكثر مما ينتفع بالمال لان فيه احياءه بكفاء ورثته احياء وهذا لا يحصل بالمال على ما عرف والله تعالى اعلم

فصل واما بيان من يستحق القصاص فنقول ولا قوة الا بالله المقتول لا يخلو اما ان يكون حرا واما ان يكون عبدا فان كان حرا لا يخلو اما ان يكون له وارث واما ان لم يكن فان كان له وارث فالمستحق للقصاص هو الوارث كالمستحق للمال لانه حق ثابت والوارث اقرب الناس الى الميت فيكون له نعم ان كان الوارث واحدا استحقته وان كان جماعة استحقوه على سبيل الشركة كالمال الموروث عنه وجه قولهما في تمديد هذا الاصل ان القصاص موجب الجنابة وانما وردت على المقتول فكان موجبها قتاله الا انه بالموت عجز عن الاستيفاء بنفسه فتقوم الورثة مقامه بطريق الارث عنه ويكون مشتركينهم ولهذا يجري فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس وغير ذلك كما يجري في المال وهذا آية الشركة ولا يحنيفة رضى الله عنه أن المقصود من القصاص هو التشفى وأنه لا يحصل للميت ويحصل للورثة فكان حقا لهم ابتداء والدليل على أنه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لا على سبيل الشركة انه حق لا يتجزأ أو الشركة فيما لا يتجزأ بحال والاصل ان مالا يتجزأ من الحقوق اذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم ثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كان ليس معه غيره كولاية الانكاح وولاية الامان وعلى هذا يخرج ما اذا قتل انسان عمدا وله وليان أحدهما غائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغائب انه يعيد البينة عنده وعندهما لا يعيد ولا خلاف في ان القتل اذا كان خطأ لا يعيد وكذلك الدين بان كان لا بهيما دين على انسان ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبي حنيفة لما كان القصاص حقا تابعا للورثة ابتداء كان كل واحد منهما أجنبيا عن صاحبه فيقع اثبات البينة له لا للميت فلا يكون خصما عن الميت في الاثبات فتقع الحاجة الى إعادة البينة ولما كان حقا موروثا على فرائض الله تبارك وتعالى عندهما والورثة خلفاؤه في استيفاء الحق يقع الاثبات للميت وكل واحد من آحاد الورثة خصم عن الميت في حقوقه كافي الدية والدين فيصبح منه اثبات الكل للميت ثم يخلقونه كافي المال ولو قتل انسان وله وليان وأحدهما غائب وأقام القاتل البينة على الحاضر أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم لان تحقق العفو من الغائب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص فكان القاتل مدعيا على الحاضر بطلان حقه فكان خصما له ويقضى عليه ومتى قضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه تبعاً له والله تعالى اعلم وان لم يكن للقاتل بينة لم يكن له ان يستحلف الحاضر لان الانسان قد ينتصب خصما عن غيره في اقامة البينة اما لا ينتصب خصما عن غيره في اليمين وعلى هذا يخرج القصاص اذا كان بين صغير وكبيران للكبير ولاية الاستيفاء عنده وعندهما ليس له ذلك وينتظر بلوغ الصغير ووجه البناء ان عند أبي حنيفة رحمه الله لما كان القصاص حقا تابعا للورثة ابتداء لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال لا استقلال سبب ثبوته في حق كل واحد منهم وعدم تجزئه في نفسه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير وعندهما لما كان حقا مشتركا بين الكل فاحد الشرىكين لا يتفرد بالتصرف في محل مشترك بدون رضا شريكه اظهارا لعصمة المحل وتحريزا عن الضرر والصحيح أصل أبي حنيفة

رضي الله عنه لما ذكرنا أن القصاص لا يحتمل التجزئة والشركة في غير المتجزئ محال وإنما ثبتت الشركة إذا انقلب مالا
 لأن المال محل قابل للشركة على أن أبا حنيفة إن سلم أن القصاص مشترك بين الصغير والكبير فلا بأس بالتسليم لأنه
 يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفاء للكبير في نصيبه بطريق الاصل وفي نصيب الصغير بطريق النيابة شرعا
 كالقصاص إذا كان بين إنسان وابنه الصغير والجامع بينهما حاجتهما إلى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس وعجز
 الصغير عن الاستيفاء بنفسه وقدرة الكبير على ذلك وكون تصرفه في النظر والشفقة في حق الصغير مثل تصرف الصغير
 بنفسه لو كان أهلا ولهذا يلي الأب والجدة استيفاء قصاص وجب كله للصغير فهذا أولى ولا يني حنيفة رحمه الله إجماع
 الصحابة رضي الله تعالى عنهم فإنه روى أنه لما جرح ابن ملجم لعنه الله سيدنا عليا كرم الله تعالى وجهه فقال للحسن
 رضي الله عنه إن شئت فاقتله وإن شئت فاعف عنه وإن تعفو خير لك فقتله سيدنا الحسن رضي الله عنه وكان في ورثة
 سيدنا علي رضي الله عنه صغار والاستدلال من وجهين أحدهما بقول سيدنا علي رضي الله عنه والثاني بفعل سيدنا
 الحسن رضي الله عنه (أما) الأول فلأنه خير سيدنا الحسن رضي الله عنه حيث قال إن شئت فاقتله مطلقا من غير التقييد
 ببلوغ الصغار (وأما) الثاني فلأن الحسن رضي الله عنه قتل ابن ملجم لعنه الله ولم ينتظر بلوغ الصغار وكل ذلك بمحض
 من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحديهما إجماعا وإن لم يكن له وارث وكان له مولى العتاقة
 وهو المعتق فالمستحق للقصاص هو المولى العتاقة آخر العصبات ثم إن كان واحداً استحق كله وإن كانوا جماعة
 استحنوه وإن كان للمقتول وارث ومولى العتاقة أيضاً فلا قصاص لأن المولى مشتبه لا شتبه سبب الولاية فالسبب
 في حق الوارث هو القرابة وفي حق المولى الولاء وهما سببان مختلفان واشتبه المولى يمنع الوجوب للقصاص وكذلك
 إن لم يكن له مولى العتاقة وله مولى المولاة لأنه آخر الورثة فجاز أن يستحق القصاص كما يستحق المال وإن لم يكن له
 وارث ولا له مولى العتاقة ولا مولى المولاة كالقبط وغيره فالمستحق هو السلطان في قولهما وقال أبو يوسف رحمه
 الله لا يستحقه إذا كان المقتول في دار الإسلام والحجج نأتى في موضعها إن شاء الله تعالى وإن كان المقتول عبداً
 فالمستحق هو المولى لأن الحق قد ثبت وأقرب الناس إلى العبد مولاة ثم إن كان المولى واحداً استحق كله وإن كان
 جماعة استحقوه لوجود سبب الاستحقاق في حق الكل وهو الملك والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٥: وأما بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه فولاية استيفاء القصاص ثبتت بأسباب
 منها الورثة وجملة الكلام فيه أن الوارث لا يخلو أماناً كان واحداً (وأما) أن كانوا جماعة فإن كان واحداً لا يخلو أماناً
 كان كبيراً أو أماناً كان صغيراً فإن كان كبيراً فإنه يستوفي القصاص لقوله تبارك وتعالى ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا
 لوليه سلطاناً ولو جود سبب الولاية في حقه على الكمال وهو الورثة من غير مزاحمة وإن كان صغيراً اختلف المشايخ
 فيه قال بعضهم ينتظر بلوغه وقال بعضهم يستوفيه القاضي وإن كانوا جماعة فإن كان الكل كباراً فلكل واحد
 منهم ولاية استيفاء القصاص حتى لو قبله أحدهم صار القصاص مستوفى لأن القصاص إن كان حق الميت
 فكل واحد من آحاد الورثة خصما في استيفاء حق الميت كما في المال وإذا كان حق الورثة ابتداء كما قال أبو حنيفة
 رحمه الله فقد وجد سبب ثبوت الحق في حق كل واحد منهم إلا أن حضور الكل شرط جواز الاستيفاء وليس
 للبعض ولاية الاستيفاء مع غيبة البعض لأن فيه احتمال استيفاء ما ليس بحق له لاحتمال العفو من الغائب وإلى هذا
 أشار محمد رحمه الله فقال لا أدري لعل الغائب عفا وكذا إذا كان الكل حضوراً لا يجوز لهم ولا لأحدهم أن يوكل في
 استيفاء القصاص على معنى أنه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال أن الغائب قد عفا ولا في
 اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاناة حلول العقوبة بالقاتل وقد قال الله تعالى وإن تعفوا أقرب للتقوى
 ولا تنسوا الفضل بينكم (فأما) الاستيفاء بالوكيل فجاء إذا كان الموكل حاضراً على ما ذكرنا وإن كان فهم صغيراً وكبيراً
 فإن كان الكبير هو الأب فإن كان القصاص مشتركاً بين الأب وابنه الصغير فلا بد أن يستوفي بالاجماع لأنه لو كان

لم يقاصص كان للاب أن يستوفيه فهنا أولى وإن كان الكبير غير الاب بأن كان أخا فللكبير أن يستوفى قبل بلوغ الصغير عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير والكلام فيه يرجع إلى أصل ذكرناه بدلالة فيما تقدم ومنها الابوة فللاب والجد أن يستوفى قصاصا وجب للصغير في النفس وفيما دون النفس لأن هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية النكاح فتثبت لمن كان مختصا بكمال النظر والمصلحة في حق الصغير (وأما) الوصي فلا يلي استيفاء القصاص في النفس بأن قتل شخص عبد اليتيم لأن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لتصور في الشفاعة الباعثة عليه بخلاف الأب والجد وله أن يستوفى القصاص فيما دون النفس لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال على ما ذكره الوصي ولاية استيفاء المال (ومنها) الملك المطلق وقت القتل فلمولى أن يستوفى القصاص إذا قتل مملوكا إذا لم يكن في استيفاء القصاص إبطال حق الغير من غير رضاه لأن الحق قد ثبت له وهو أقرب الناس إليه فله أن يستوفيه وكذا إذا قتل مدبره ومدبرته وأم ولده وولدها لأن التدبير والاستيلاء لا يوجب زوال الملك وكذا إذا قتل المكاتب ولم يترك وفاء لأنه مات رقية فإفكان ملك المولى قائما وقت القتل وذكر في المنتقى عند أبي حنيفة رضي الله عنه في معتق البعض إذا قتل عاجزا أنه لا قصاص ففرق بينه وبين المكاتب (ووجه) الفرق أن موت المكاتب عاجزا يوجب انفساخ الكتابة وجعلها كأن لم تكن فالتقت صادفه وهو قن وموت معتق البعض لا يوجب انفساخ العتاق إذا لا عتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالتقت صادفه ولا ملك للمولى في كله ولو قتل المكاتب وترك وفاء وورثته أحرار أسوى المولى لا قصاص بالاجماع لأنه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك في قيام المولى وقت القتل ولا الوارث لاحتمال أنه مات عبدالاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنه يموت حرا أو عبدا فامتنع الوجوب وإن لم يكن له وارث حر غير المولى فله أن يستوفى القصاص عندهما خلا فالحمد وقد ذكرنا المسئلة ولو قتل العبد في يد البائع قبل القبض فإن اختار المشتري اجازة البيع فله ولاية الاستيفاء بالاجماع لأن الملك كان له وقت القتل وقد تقرر بالاجازة فكان له أن يستوفى وإن اختار فسخ البيع فللبائع أن يستوفى القصاص في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف للبائع القيمة ولا قصاص له (وجه) قوله أن الملك لم يكن ثابتا له وقت القتل وإنما حدث بعد ذلك بالفسخ والسبب حين وجوده لم ينعقد موجبا للحكم له فلا يثبت له بمعنى وجد بعد ذلك ولا أبي حنيفة رحمه الله أن رد البيع فسخ له من الأصل وجعل إياه كأن لم يكن فإذا انفسخ من الأصل تبين أن الجناية وردت على ملك البائع فيوجب القصاص له فكان له أن يستوفى وليس للمشتري ولاية الاستيفاء لهذا المعنى أن بالفسخ يظهر أن العبد وقت القتل لم يكن على ملك البائع ولو قتل العبد الذي هو بدل الصداق في يد الزوج أو بدل الخلع في يد المرأة أو بدل الصلح عن دم العمد في يد الذي صلح عليه فذلك بمنزلة البيع لأن المستحق للصداق وبذل الخلع والصلح أن يختار اتباع القاتل فقد تقرر ملكه فيجب القصاص له وإن طالب بالقيمة فالملك في العبد قد انفسخ فيجب القصاص للآخر على ما ذكرنا في البيع ولو قتل في يد المشتري وللمشتري خيار الشرط أو خيار الرؤية فالقصاص للمشتري قبض البائع الثمن أو لم يقبض لأن الخيار قد سقط بموت العبد وانبرم البيع وتقرر الملك فيه للمشتري فوجب القصاص له فكان له أن يستوفى القصاص كما إذا قتل في يده ولا خيار في البيع أصلا ولو كان الخيار للبائع فإن شاء اتبع القاتل فقتله قصاصا وإن شاء ضمن المشتري القيمة (أما) اختيار اتباع القاتل فلأن العبد وقت القتل كان ملكا له (وأما) اختيار تضمين المشتري القيمة فلأنه كان مضمونا في يده بالقيمة ألا ترى لو هلك بنفسه في يده كان عليه قيمته ولا قصاص للمشتري وإن هلك العبد بالضمان لأن الملك ثبت له بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجهه ويقتصر من وجهه فشبه الظهور يقتضي وجوب القصاص له وشبه الاستناد يقتضي أن لا يجب فتمكنت الشبهة في الوجوب له فلا يجب وكذا العبد المنصوب إذا قتل في يد الغاصب واختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص لما قلنا ولو قتل عبد موصى بربيته لرجل وبخدمته لا خير لم يفرد أحدهما باستيفاء القصاص لأن الموصى له بالخدمة

لاملك له في الرقبة فلا يملك الاستيفاء بنفسه والموصى له بالرقبة وان ملك الرقبة لكن في استيفاء القصاص ابطال حق الموصى له بالخدمة لا الى بدل هو مال فلا يملك ابطال حقه عليه من غير رضاه واذا اجتمع الموصى له بالرقبة أن يستوفي لان المطلق للاستيفاء موجود وهو قيام ملك الرقبة والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة فاذا رضى بسقوط حقه فقد زال المانع ولو قتل العبد المرهون في يد المرتن لم يكن لواحد منهما أن ينفرد باستيفاء القصاص (أما) المرتن فظاهر لان ملك الرقبة لم يكن ثابتا له وقت القتل فلم يوجد سبب نبوت ولاية الاستيفاء في حقه (وأما) الراهن فلان استيفاءه يتضمن ابطال حق المرتن في الدين من غير رضاه لان الرهن يصير هالكا من غير بدل لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال والقصاص لا يصلح بدلا عن المالية لانه ليس بمال فيصير الرهن هالكا من غير بدل فيسقط دينه فكان في استيفائه القصاص ابطال حق المرتن من غير رضاه وهذا لا يجوز ولو اجتمع ذكر الكرخي رحمه الله ان للراهن أن يستوفي القصاص عند أبي حنيفة رحمه لان الامتناع كان لحق المرتن وقد رضى بسقوطه وعند محمد ليس له أن يستوفي وان اجتمع على الاستيفاء وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله أنه لا قصاص على قاتله ولم يذكر الخلاف وقد ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب الرهن (ومنها) الولاء اذا لم يكن لمولى الاسفل وارث لان الولاء سبب الولاية في الجملة ألا ترى أن مولى العتاقة يزوج بالاجماع لانه آخر العصابات ومولى الموالاة يزوج على أصل أبي حنيفة رضى الله عنه لانه آخر الورثة فان كان له وارث فلا قصاص لاشتباه المولى فلا يتصور الاستيفاء (ومنها) السلطنة عند عدم الورثة والملك والولاء كاللقيط ونحوه اذا قتل وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ليس للسلطان أن يستوفي اذا كان المقتول من أهل دار الاسلام وله أن يأخذ الدية وان كان من أهل دار الحرب فله أن يستوفي القصاص وله أن يأخذ الدية (وجه) قوله ان المقتول في دار الاسلام لا يخلو عن ولي له عادة الا أنه ربما لا يعرف وقيام ولاية المولى تمنع ولاية السلطان وبهذا لا يملك العفو بخلاف الحربى اذا دخل دار الاسلام فاسلم أن الظاهر ان لا ولي له في دار الاسلام ولهما أن الكلام في قتل لم يعرف له ولي عند الناس فكان وليه السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وقد روى أنه لما قتل سيدنا عمر رضى الله عنه خرج الهرمزان والخنجر في يده فظن عبيد الله أن هذا الذي قتل سيدنا عمر رضى الله عنه فقتله فرفع ذلك الى سيدنا عثمان رضى الله عنه فقال سيدنا علي رضى الله عنه لسيدنا عثمان اقتل عبيد الله فامتنع سيدنا عثمان رضى الله عنه وقال كيف أقتل رجلا قتل أبودأمس لا أفعل ولكن هذا رجل من أهل الارض وانا وليه أعفوه عنه وأودى ديبته وأراد بقوله أعفوه عنه وأودى ديبته الصالح على الدية الا أنه لا يملك العفو لان القصاص حق المسلمين بدليل أن ميراثه لهم وانما الامام نائب عنهم في الاقامة وفي العفو استأطحتهم أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا لا يملكه الاب والجد وان كانا يملكان استيفاء القصاص وله أن يصالح على الدية كما فعل سيدنا عثمان رضى الله عنه والله تعالى

الموفق بالصواب

فصل وأما بيان ما يستوفي به القصاص وكيفية الاستيفاء فالقصاص لا يستوفي الا بالسيف عندنا وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فان مات والاتخز رقبته حتى لو قطع يدرجل عمدات من ذلك فان المولى يقتله وليس له أن يقطع يده عندنا وعنده تقطع يده فان مات في المدة التي مات الاول فيها والاتخز رقبته (وجه) قوله أن مبني القصاص على المماثلة في الفعل لانه جزء الفعل فيشترط أن يكون مثل الفعل الاول وذلك فيما قلنا وهو أن يفعل به مثل ما فعل هو والموجود منه القطع فيجب أن يجازى بالقطع والظاهر في القطع عدم السراية فان اتفقت السراية والاتخز رقبته ويكون الحز تميزا للفعل الاول لا جزأ مبتدأ (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف والقود هو القصاص والقصاص هو الاستيفاء فكان هذا في استيفاء القصاص بالسيف ولان القطع اذا اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلا من حين وجوده فلا يجازى الا بالقتل فلو قطع ثم احتيج الى الحز كان ذلك جمعا بين القتل والحز فلم

يكن مجازاة بالمثل وقوله الخز يقع تنميا للقطع فاسد لان المتعمد للشئ من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فكيف يكون من تمامه وان أراد الولي أن يقتل بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل يعزر لكن لا ضمان عليه ويصير مستوفيا بأي طريق قتله سواء قتله بالعصا أو بالحجر أو القاه من السطح أو القاه في البئر أو ساق عليه دابة حتى مات. ونحو ذلك لان القتل حقه فاذا قتله فقد استوفى حقه بأي طريق كان الا أنه يأثم بالاستيفاء لا بطريق مشروع لمجاوزته حد الشرع وله أن يقتل بنفسه وبنائبه بان يأمر غيره بالقتل لان كل أحد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه اما الضعيف بدنه أو الضعيف قلبه أو لقاة هدايته اليه فيحتاج الى الانابة الا أنه لا بد من حضوره عند الاستيفاء لما ذكرنا فبا تقدم ثم اذا قتله المأمور والا مر حاضر صار مستوفيا ولا ضمان عليه فاما اذا قتله والا مر غير حاضر وأ نكروا في هذا القتل الا مر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر تصديق الولي لان القتل عمد اسبب لوجوب القصاص في الاصل فلو خرج من أن يكون سببا انما يخرج بالا مر وقد كذبه ولي هذا القتل في الامر وتسدق ولي القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص لقوات محله فصار أجنيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الا مر فبقى القتل العمد موجبا للقصاص ولو حفر بئر في دار انسان فوق وقع فيها انسان ومات فادعى ولي القتل الدية فقال الحافر حفرته باذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار في ذلك فلا ضمان على الحافر ويعتبر تصديقه لانه صدقه في فعل يملك اشاء الا مر به للحال وهو الحفر في ملكه فلم يكن هذا تصديقا بعد فوات الحل فاعتبر بخلاف الاول والله تعالى أعلم بالصواب

فصل وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه فالمستطلة أنواع منها فوات محل القصاص بان مات من عليه القصاص بأفة سماوية لانه لا يتصور بقاء الشئ في غير محله واذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عندنا لان القصاص هو الواجب عينا عندنا وهو أحد قول الشافعي رحمه الله وعلى قوله الا آخر تجب الدية وقد بينا فسادها فيما تقدم وكذا اذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص بان قتل انسانا فقتل به قصاصا يسقط القصاص ولا يجب المال لما قلنا وكذلك القصاص الواجب فيما دون النفس اذا فات ذلك العضو بأفة سماوية أو قطع بغير حق يستط القصاص من غير مال عندنا لما قلنا وان قطع بحق بان قطع يد غيره فقطع به أو سرق مال انسان فقطع يستط القصاص أيضا لقوات محله لكن يجب ارش اليد فيتمتع الفرق في موضعين أحدهما بين القتل والقطع بحق والثاني بين القطع بغير حق وبين القطع بحق والفرق انه اذا قطع طرفه بحق فقد قضى به حقا واجبا عليه فجعل كالقائم وجعل صاحبه ممسكاه تقديرا كانه أمسكه حقيقة وتعدرا استيفاء القصاص لعذر الخطأ ونحو ذلك وهناك يجب الارش كذا هذا وهذا المعنى لم يوجد فيما اذا قطع بغير حق لانه لم يقض حقا واجبا عليه وفي القتل ان قضى حقا واجبا عليه لكن لا يملك ان يجعل ممسكاه للنفس بعدم موته تقديرا لانه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف والله تعالى أعلم ومنها العفو والكلام فيه في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ركنه والثاني في بيان شرائط الركن والثالث في بيان حكمه أما ركنه فهو أن يقول العافي عفوت أو أسقطت أو أبرأت أو وهبت وما يجري هذا الجرى وأما الشرائط فانه ان يكون العفو من صاحب الحق لانه اسقاط الحق واسقاط الحق ولا حق محال فلا يصح العفو من الاجنبي لعدم الحق ولا من الاب والجد في قصاص وجب للصغير لان الحق للصغير لهما وانما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ولان ولايتهما متيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لانه اسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملك كانه ولهذا لا يملكه السلطان فيما له ولاية الاستيفاء على ما بينا والله تعالى أعلم ومنها ان يكون العافي عاقلا (ومنها) ان يكون بالغ فلا يصح العفو من الضبي والمجنون وان كان الحق ثابتا لهما لانه من التصرفات المضرة المحضة فلا يملك كانه كالطلاق والعتاق ونحو ذلك (وأما) حكم العفو فالعفو في الاصل لا يخلو اما ان يكون من الولي واما ان يكون من الجرح فان كان من الولي لا يخلو من ان يكون منه بعد الموت أو قبل الموت بعد الجرح فان كان بعد الموت فاما ان يكون الولي واحدا واما ان يكون أكثر فان كان واحدا بان كان القاتل

والمقتول واحد فعا عن القاتل سقط القصاص لان استيفاءه لتحقيق معنى الحياة وهذا المعنى يحصل بدون الاستيفاء بالعفو لانه اذا عفا فالظاهر انه لا يطلب الثار بعد العفو فلا يقصد قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى الحياة بدون الاستيفاء فيسقط القصاص حصول ما شرع له استيفاؤه بدونه وهكذا قال الحسن رحمه الله في التأويل قوله تعالى ومن احيها فساكناء احياء الناس جميعاً أى من احيها بالعفو وقيل في قوله تبارك وتعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ان ذلك العفو والصلح على ما قيل ان حكم التوراة القتل لا غير وحكم الانجيل العفو بغير بدل لا غير تخفيف سبحانه وتعالى على هذه الامة فشرع العفو بلا بدل أصلاً والصلح ببدل سواء عفا عن الكل أو عن البعض لان القصاص لا يتجزأ أو ذكر البعض فيما لا يتبع بعض ذكر الكل كالطلاق وتسليم الشفعة وغيرهما وإذا سقط القصاص بالعفو لا ينتقل مالا عند ذلك لان حق الولي في القصاص عيناً وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقد أسقطه لا الى بدل ومن له الحق اذا أسقط حقه مطلقاً وهو من أهل الاستقاط والخل قابل للسقوط يسقط مطلقاً كالأبراء عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الآخر الواجب أحدهما فاذا عفا عن القصاص انصرف الى الواجب تصحيحاً لتصرفه كمن له على آخر دراهم أو دينارين ولا بنوى أحدهما بعينه فابراه المديون عن أحدهما ليس له ان يطالبه بالآخر لما قلنا كذا هذا ولو عفا عنه ثم قتله بعد العفو يجب عليه القصاص عند عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال بعض الناس لا يجب واحتجوا بقوله تبارك وتعالى فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم جعل جزاء المعتدى وهو القاتل بعد العفو العذاب الأليم وهو عذاب الآخرة نسجيراً بالله سبحانه وتعالى من هوله فلو وجب القصاص في الدنيا لصار المذكور بعض الجزاء ولان القصاص في الدنيا برفع عذاب الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام السيف محاء للذنوب وفيه نسخ الآية الشريفة (ولنا) بعمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وحال وحال الأشخاص أو حالاً قيد بدليل وكذا الحكمة التي لها شرع القصاص وهو الحياة على ما بينا يفتضى الوجوب وأما الآية فتدقيل في بعض وجوه التأويل ان العذاب الأليم ههنا هو القصاص فان القتل غاية العذاب الذي يوفى في الآلام فعلى هذا التأويل كانت الآية حجة عليهم وتحتل هذا وتحتل ما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال وان كان القصاص أكثر بان قتل رجلان واحد فان عفا عنهما سقط القصاص أصلاً ما ذكرنا وان عفا عن أحدهما سقط القصاص عنه وله أن يقتل الآخر لانه استحق على كل واحد منهما قصاصاً كاملاً والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله انه يسقط القصاص عنهما لان طريق الإيجاب القصاص عليهما ان يجعل كل واحد منهما قاتلاً على الآخر اذ كان ليس معه غيره اذ القتل تقويت الحياة ولا يتصور تقويت حياة واحدة من كل واحد منهما على الكمال فيجعل كل واحد منهما قاتلاً على الآخر اذ لا يقتل صاحبه عدماً في حقه فاذا عفا عن أحدهما والعفو عن القاتل جعل فعل الآخر عدمه أتقديراً فيورث شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهة وهذا ليس بسديد لان طريق الإيجاب القصاص عليهما ليس ما ذكر وليس القتل اسم التقويت الحياة بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وهذا حصل لكل واحد منهما على الكمال فالعفو عن أحدهما لا يؤثر في الآخر هذا اذا كان الولي واحداً فاما اذا كان اثنين أو أكثر فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل لانه سقط نصيب العافي بالعفو فيسقط نصيب الآخر ضرورة أنه لا يتجزأ اذ القصاص قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخر مالا باجماع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فانه روى عن عمر وعبد الله بن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم أوجبوا في عفو بعض الأولياء الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية وذلك بمحض من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم يتقل انه أنكر أحد عليهم فيكون اجماعاً وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفى له من أخيه شيء نزلت في دم بين شركاء يعفوا أحدهم عن القاتل فلما خرب ان يتبعوه بالمعروف في نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شيء وهذا العفو عن بعض الحق ويكون نصيب الآخر وهو

نصف الدية في مال القاتل لان القتل عمد الا انه تعذر استيفاء القصاص لما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمدو يؤخذ منه في ثلاث سنين عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر في سنتين (وجه) قوله ان الواجب نصف الدية فيؤخذ في سنتين كما لو قطع يد انسان خطأ ووجب عليه نصف الدية انه يؤخذ في سنتين كذا ههنا (ولنا) ان الواجب جزء مما يؤخذ في ثلاث سنين وحكم الجزء حكم الكل بخلاف القطع فان الواجب هناك كل لا جزء لان كل دية يد واحدة هذا القدر الا انه قدر كل دينها بنصف دية النفس وهذا لا ينبغي ان يكون كل دية الطرف ولو عفا أحدهما فقتله الآخر ينظر ان قتله ولم يعلم بالعفو أو علم به لكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله عليه القصاص (وجه) قوله انه قتل نفسا بغير حق لان عصمته عادت بالعفو ألا ترى انه حرم قتله فكانت مضمونة بالقصاص كما لو قتله قبل وجود القتل منه فلو سقط انما سقط بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل انسانا وقال ظننت انه قاتل أبي (ولنا) ان في عصمته شبهة العدم في حق القاتل لانه قتله على ظن ان قتله مباح له وهو ظن مبني على نوع دليل وهو ما ذكرنا ان القصاص وجب حقا للمقتول وكل واحد من الاولياء بسبيل من استيفاء حق وجب للمقتول فالعفو من أحدهما ينبغي ان لا يؤثر في حق الآخر ولا سبب ولاية الاستيفاء وجد في حق كل واحد منهم ما على الكمال وهو القربا فينبغي ان لا يؤثر عفو أحدهما في حق صاحبه الا انه امتنع هذا الدليل عن العمل باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ما بينا فقيامه يورث شبهة عدم العصمة والشبهة في هذا الباب تعمل عمل الحقيقة فتمنع وجوب القصاص ويجب عليه نصف الدية لان القصاص اذا تعذر ايجابه للشبهة وجب عليه كمال الدية كان على القاتل نصف الدية فصار النصف قصاصا بالنصف فيوجب عليه النصف الآخر ويكون في ماله لا على العاقلة لانه وجب بالقتل وهو عمد والعاقلة لا تعقل العمد وان علم بالعفو والحرمة يجب عليه القصاص لان المانع من الوجوب الشبهة وانها نشأت عن الظن ولم يوجد فزال المانع وله على المقتول نصف الدية لانه قد كان انقلاب نصيبه مالا بعفو صاحبه فبقى ذلك على المقتول هذا اذا كان القصاص الواحد مشترك بينهما فعفا أحدهما عن نصيبه فاما اذا وجب لكل واحد منهما قصاص كامل قبل القاتل بان قتل واحد رجلين فعفا أحدهما عن القاتل لا يسقط قصاص الآخر لان كل واحد منهما استحق عليه قصاصا كاملا ولا استحالة له في ذلك لان القتل ليس تقويت الحياة ليقال ان الحياة الواحدة لا يتصور رتقو يتهم من اثنين بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وهذا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال فعفو أحدهما عن حقه وهو القصاص لا يؤثر في حق صاحبه بخلاف القصاص الواحد المشترك والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا عفا الولي عن القاتل بعد موت وليه (فأما) اذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت فالقياس ان لا يصح عفوؤه وفي الاستحسان يصح (وجه) القياس أن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلا الا بفوات الحياة عن الحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف محله فلم يصح ولا استحسان وجهان أحدهما ان الجرح متى اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فكان عفو عن حق ثابت فيصح ولهذا لو كان الجرح خطأ فكفر بعد الجرح قبل الموت ثم مات جاز التكفير والثاني ان القتل ان لم يوجد للحال فقد وجد بسبب وجوده وهو الجرح المفضي الى فوات الحياة والسبب المفضي الى الشيء يقيم مقام ذلك الشيء في أصول الشرع كالنوم مع الحدث والنكاح مع الوطء وغير ذلك ولانه اذا وجد بسبب وجود القتل كان العفو تعجيل الحكم بعد وجود سببه وانه جائز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في قتل الخطأ والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك العفو من المولى واحدا كان أو أكثر والعفو من الوارث سواء في جميع ما وضمننا الا ان في القصاص بين المولين اذا عفا أحدهما فلا آخر حصته من قيمة العبد وهما من الدية لان القيمة في دم العمد كالدية في دم الحر (فأما) فيما وراء ذلك فلا يختلفان هذا كله اذا كان العفو من المولى أو من الولي فأما اذا كان من الجرح وح بان كان الجرح وح عفا لا يصح عفوؤه لان القصاص يجب حقا للمولى لاله وان كان حرا فان عفا عن القتل ثم مات

صح استحسانا والقياس ان لا يصح (وجه) القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا وان عفا عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الجناية ثم مات أولا فجملة الكلام فيه ان الجرح لا يخلو اما ان يكون عمدا أو خطأ فان كان عمدا فالجرح لا يخلو اما ان يقول عفوت عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الضربة وهذا كله قسم واحد (واما) ان يقول عفوت عن الجناية والقسم الاول لا يخلو (اما) ان ذكر معه ما يحدث منها (واما) ان لم يذكر وحال الجرح لا يخلو (اما) ان يرى وصح (واما) ان مات من ذلك فان برى من ذلك صح العفو في القصاص كلها لان العفو وقع عن ثابت وهو الجراحة أو موجبها وهو الارش فيصح وان سرى الى النفس ومات فان كان العفو بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها صح بالاجماع ولا شيء على القائل لان لفظ الجناية يتناول القتل وكذلك لفظ الجراحة وما يحدث منها فكان ذلك عفواً عن القتل فيصح وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها لم يصح العفو في قول أبي حنيفة رضي الله عنه والقياس ان يجب القصاص وفي الاستحسان تجب الدية في مال القائل وعندهما يصح العفو ولا شيء على القائل (وجه) قوله ان السرية اثر الجراحة والعفو عن الشيء يكون عفواً عن أثره كما اذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها ولا بي حنيفة رضي الله عنه وجهان أحدهما انه عفا عن غير حقه فان حقه في موجب الجناية لا في عينها لان عينها عرض لا يتصور بقاءها فلا يتصور العفو عنها ولا ان عينها جناية وجدت من الخارج والجناية لا تكون حق الجاني عليه فكان هذا عفواً عن موجب الجراحة والسرية يتبين انه لا موجب بهذه الجراحة لان عند السرية يجب موجب القتل بالاجماع وهو القصاص ان كان عمدا والدية ان كان خطأ ولا يجب الارش وقطع اليد مع موجب القتل لان الجمع بينهما غير مشروع والثاني ان كان العفو عن القطع والجرح صحيحا لكان القطع غير والقتل غير فالقطع ابانة الطرف والقتل فعل مؤثر في فوات الحياة عادة وموجب أحدهما القطع والارش وموجب الآخر التتل والدية والعفو عن أحد الغيرين لا يكون عفواً عن الآخر في الاصل فكان القياس ان يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما يسقطه الا انه سقط للشبهة فيجب الدية وتكون في ماله لانها وجبت بالقتل العمد والعاقلة لا تعقل العمد هذا اذا كان القتل عمدا فاما اذا كان خطأ فان برى من ذلك صح العفو بالاجماع ولا شيء على القاطع سواء كان بلفظ الجناية أو الجراحة وذكر وما يحدث منها أو لم يذكر لما قلنا وان سرى الى النفس فان كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح أيضاً لما ذكرنا ثم ان كان العفو في حال صحة الجرح وح بان كان يذهب ويحجب ولم يصبر صاحب فراش يعتبر من جميع ماله وان كان في حال المرض بان صار صاحب فراش يعتبر عفوه من ثلث ماله لان العفو تبرع منه وتبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله فان كان قدر الدية يخرج من الثلث سقط ذلك القدر عن العاقلة وان كان لا يخرج كله من الثلث فثلثه يسقط عن العاقلة وثلثاه يؤخذ منهم وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها لم يصح العفو والدية على العاقلة عند أبي حنيفة وعندهما يصح العفو وهذا وقوله عفوت عن الجراحة وعن الجناية وما يحدث منها سواء وقد بينا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان العفو صلح بان صالح من القطع أو الجراحة على مال فهو على التفصيل الذي ذكرنا أنه ان برى الجرح فالصلح صحيح بأي لفظ كان وسواء كان القطع عمداً أو خطأ لان الصلح وقع عن حق ثابت فيصح وان سرى الى النفس فان كان الصلح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها فالصلح صحيح أيضاً لانه صلح عن حق ثابت وهو القصاص وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الصلح ويؤخذ جميع الدية من ماله في العمد وان كان خطأ يرد بدل الصلح ويجب جميع الدية على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم واما ان كان مكان الصلح نكاح بان قطعت امرأة يدرجل أو جرحته فتر وجهها على ذلك فهو على ما ذكرنا من التفصيل انه ان برى من ذلك جاز النكاح وصار ارش ذلك مهر المالا لانه تبين أن موجب ذلك الارش سواء كان القطع عمداً أو خطأ لان القصاص بين الذكور والانات لا يجري فمادون النفس فكان الواجب هو المال فاذا تزوجها عليه فقد سمي المال فكان مهر الماوان سرى الى النفس فان كان النكاح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها

وكان القطع خطأ جازا للنكاح وصار دم الزوج مهرها لا به لئلا انصلت به السراية تبين انه وقع قتلا موجبا للدية على العاقلة فكان الزوج على موجب الجناية وهو الدية وسقطت عن العاقلة لصير ورنها مهرها وهذا اذا كان وقت النكاح صحيحا فان كان مريضا بقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة لانه ليس بمتبرع في هذا القدر (وأما) الزيادة على ذلك فينظر ان كانت تخرج من ثلث ماله بسقط أيضا وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبندر الثلث يسقط أيضا والزيادة تكون للزوج ترجع الى ورثته وانما اعتبر خروجه الزيادة من ثلث ماله لانه متبرع بالزيادة وهو مريض مرض الموت هذا في الخطأ (وأما) في العمد جازا للنكاح وصار عفوا (أما) جواز النكاح فلا شك فيه لان جوازه لا يقف على تسمية ما هو مال (هو اما) صير ورة للنكاح على القصاص عفوا لانه لا يمتاز وجهها على القصاص فقد أزال حقه عنه وأسقطه وهذا معنى العفو ولها مهر المثل من نكحة الزوج لان النكاح لا يجوز الا بالمهر والقصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فيجب لها العوض الا صلي وهو مهر المثل فان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فكذلك الجواب عندهما في العمد والخطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله بطل العفو اذا كان عمدا ولها مهر المثل من مال الزوج وتجب الدية من مالها فيتناقصان بقدر مهر المثل وتضمن المرأة الزيادة وان كانت خطأ فتجب الدية على عاقبتها ولها مهر المثل من مال الزوج ولا تراث المرأة من مال الزوج شيئا لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل والله تعالى أعلم ولو كان مكان النكاح خلع بان قطع يدا امرأته أو جرحها جراحة تخلعها على ذلك فهو على ما ذكرنا انها ان برئت جازا الخلع وكان بائنا لانه تبين انه خلعها على ارش اليد فصيح الخلع وصار ارش اليد بدل الخلع والخلع على مال طلاق بائن ويستوى فيه العمد والخطأ لما مر وان سرى الى النفس وكان خطأ فان ذكر بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة وما يحدث منها جازا الخلع ويكون بائنا لانه تبين ان الفعل وقع قتلا فتبين انه وقع موجبا للدية فكان الخلع واقعا على ماله وهو الدية فيصح ويكون بائنا ثم ان كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وان كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خروجه جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروجه الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لان تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالا حال الدخول في ملك الزوج ولا يعد مالا حال الخروج عن ملكه وان كان يخرج من الثلث سقطت عن العاقلة وان لم يكن لها مال يسقط والثلاثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية هذا في الخطأ فأما في العمد جاز العفو ولا يكون مالا وخلعها بغير مال يكون رجعيًا وان كان الخلع بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعندهما كذلك الجواب وعند أبي حنيفة رحمه الله لم يصح العفو وتجب جميع الدية في ماله في العمد وفي الخطأ على العاقلة ويكون الخلع بغير مال فيكون الطلاق رجعيًا والله تعالى أعلم ومنها الصلح على مال لان القصاص حق للمولى ولصاحب الحق أن يتصرف في حقه استيفاء واسقاطا اذا كان من اهل الاسقاط والحل قابل للسقوط ولهذا يملك العفو في ملك الصلح ولان المقصود من استيفاء القصاص وهو الحياة يحصل به لان الظاهر ان عند أخذ المال عن صلح وتراض تسكن الفتنة فلا يقصد الولي قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل المقصود من استيفاء القصاص بدونه وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفى له من أخيه شيء الآية نزل في الصلح عن دم العمد فيدل على جواز الصلح وسواء كان بدل الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من بخلاف جنسها حالا أو مؤجلا بأجل معلوم أو مجهول جهالة متفاوتة كالخصاد والدياس ونحو ذلك بخلاف الصلح من الدية على أكثر مما يجب فيه الدية انه لا يجوز لان المانع من الجواز هناك تمكن الربا ولم يوجد ههنا لان الربا يختص بمبادلة المال بالمال والقصاص ليس بمال وقد ذكرنا شرائط جواز الصلح ومن يملك الصلح ومن لا يملكه في كتاب الصلح ولو صالح الولي القاتل على مال ثم قتله يقتص منه عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال بعض الناس لا قصاص عليه وقد مرت المسئلة في العفو ولو كان الولي اثنين والقصاص واحد فصالح أحدهما سقط القصاص عن القاتل وينقلب نصيب الآخر مالا لاذكرنا في العفو ولو قتله الآخر بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف

والوفاق الذي ذكرناه في العفو ولو كان القصاص أكثر فصالح ولي أحد القتيلين فلا خزان يستوفي وكذا لو صالح الولي مع أحد القتيلين كان له أن يقتص إلا آخر لما ذكرنا في العفو وكذلك حكم المولى في الصلح عن دم العمد في جميع ما وصفنا ومنها رث القصاص بان وجب القصاص لسان فمات من له القصاص فورث القاتل القصاص سقط القصاص لاستحالة وجوب القصاص له وعليه فيسقط ضرورة ولو قتل رجلان رجلين كل واحد منهما ابن الآخر عمدا وكل منهما وارث الآخر قال أبو يوسف رحمه الله لا قصاص عليهما وقال الحسن بن زياد رحمه الله يوكل كل واحد منهما وكيلًا يستوفي القصاص فيقتلهما الوكيلان معا وقال رفر رحمه الله يقال للقاضي ابتدأ بهما شئت وسلمه إلى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجهه) قول زفر رحمه الله إن القصاص وجب على كل واحد منهما لوجود السبب من كل واحد منهما وهو القتل العمد لأنه لا يمكن استيفاءهما لأنه إذا استوفي أحدهما سقط الآخر لصيرورة القصاص ميراثا للقاتل الآخر فكان الخيار فيه إلى القاضي يتدبى بأيهما شاء ويسلمه إلى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجهه) قول الحسن رحمه الله إن استيفاء القصاص منهما ممكن بالوكالة بأن يقتل كل واحد من الوكيلين كل واحد من القتيلين في زمان واحد فلا يتوارى أن يكفي العرق والحرق (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله إن وجوب القصاص وجوب الاستيفاء لا بعقل لا معنى سواه ولا سبيل إلى استيفاء القصاص لأنه إذا استوفي أحدهما سقط الآخر وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر فتمدّر القول بالوجوب أصلا ولأن في استيفاء أحد القصاصين إبقاء حق أحدهما واستناط حق الآخر وهذا لا يجوز والقول باستيفاءهما بطريق التوكيل غير سديد لأن الفعلين فلما ينفقان في زمان واحد بل يسبق أحدهما الآخر عادة وكذا أمرهم بالنات عذوه وفوات الحياة وفي ذلك إسقاط القصاص عن الآخر ولو أوفى رجل قطع يده رجل ثم قتل المنطوع يده ابن القاطع عمدا ثم مات المنطوع يده من القطع إن على القاطع القصاص وهو القتل لولي المنطوع يده لأنه مات سبب سابق على وجود القتل منه وهو القطع السابق لأن ذلك القطع صار بالسراية فتلا فوجب القصاص على القاطع ولا بسنط بقتل المنطوع يده ابن القاطع والله سبحانه ونعالي أعلم (ومنها) حرمان الميراث لحصول القتل مباشرة بغير حق ولهذا ثبت بالقتل الخطأ فبالعمد أولى وأما الكفارة فلا تجب عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب (وجهه) قوله إن الكفارة لرفع الذنب ومحو الاسم ولهذا وجبت في القتل الخطأ والذنب في القتل العمد أعظم فكانت الحاجة إلى الدفع أشد (ولما) إن التحريم أو الصوم في الخطأ إنما وجب شكر النعمة حيث سلم له أعز الأشياء إليه في الدنيا وهو الحياة مع جواز المؤاخظة بالقصاص وكذا ارتفع عنه المؤاخظة في الآخر مع جواز المؤاخظة وهذا لم يوجد في العمد فيقدر الإيجاب شكرا أوجب لحق التوبة عن القتل بطريق الخطأ والحق بالتوبة الحقيقية تخفة الذنب بسبب الخطأ والذنب ههنا أعظم فلا يصلح لتحرير توبة والله تعالى أعلم وأما شبه العمد فيتعلق به أحكام منها وجوب الدية المغلظة على العاقلة أما وجوب الدية فلأن القصاص امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية وأما حصة التغليط فلا جماع الصحابة رضي الله عنهم لأنهم اختلفوا في كيفية التغليط على ما ذكرنا من شاء الله تعالى واختلافهم في كيفية دليل ثبوت الأصل وأما الوجوب على العاقلة فلأن العاقلة إنما تعقل الخطأ تخفيفا على القاتل نظر الوقوع فيه لا عن قصد وفي هذا القتل شبهة عدم القصد لحصوله بالآلة لا يقصد بها القتل عادة فكان مستحقا لهذا النوع من التخفيف ومنها حرمان الميراث ومنها عدم جواز الوصية لأنه قتل مباشرة بغير حق وهل تجب الكفارة في هذا القتل ذكر الكرخي رحمه الله أنها تجب وألحقه بالقتل الخطأ المحض في وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا تجب وألحقه بالعمد المحض في عدم وجوب الكفارة (وجهه) ما ذكره الكرخي رحمه الله إن الكفارة إنما وجبت في الخطأ أما لحق الشكر أو لحق التوبة على ما بينا والداعي إلى الشكر والتوبة ههنا موجود وهو سلامة البدن وكون الفعل جنائيا فيها نوع خفة لشبهة عدم القصد فامكن أن يجعل

التحرير فيه توبة (وجه) القول الآخر ان هذه جناية متغلظة ألا ترى ان المؤاخذة فيها ثابتة بخلاف الخطأ فلا يصلح
التحرير توبة بها كما في العمد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القتل الخطأ فيختلف حكمه باختلاف حال القاتل
والمقتول فنفصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما أن يكونا جميعاً حريين واما ان كان القاتل حراً والمقتول عبداً
واما ان كان القاتل عبداً والمقتول حراً واما ان كانا جميعاً عبيدين فان كانا حريين فيتعلق به أحكام منها وجوب الكفارة
عند وجود شرائط الوجوب وهي نوعان بعضها يرجع الى القاتل وبعضها الى المقتول أما الذي يرجع الى القاتل
فالا سلام والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة على الكافر والمجنون والصبي لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي
عبادات والكفارة عبادة والصبي والمجنون لا مخاطبا بالشرائع أصلاً وأما الذي يرجع الى المقتول فهو ان يكون
المقتول معصوماً فلا تجب بقتل الحرابي والباغي لعدم العصمة واما كونه مسلماً فليس بشرط فيجب سواء كان مسلماً
أو ذمياً أو مستأمناً وسواء كان مسلماً أسلم في دار الاسلام أو في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لقوله سبحانه وتعالى ومن
قتل مؤمناً خطأ ففتحير رقبته مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحير رقبته مؤمنة وان كان
من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسامة الى أهله ونحر رقبته مؤمنة ولان القاتل قد سلم له الحياة في الدنيا وهي من أعظم
النعم ورفعت عنه المؤاخذة في الآخرة مع جواز المؤاخذة في الحكمة لما في وسع الخاطئ في الجألة حفظ نفسه عن الوقوع
في الخطأ وهذا أيضاً نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقاً للعقل فبين الله تعالى مقداره وجنسه بهذه الآية ليقدر
العبد على اداء ما وجب عليه من أصل الشكر بتعضية العقل ولان فعل الخطأ جناية والله تعالى المؤاخذة عليه بطريق
العدل لانه مقدور الامتناع بالتكف والجهد واذا كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعل التحري من العبد
بحق التوبة عن القتل الخطأ بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنايات لانه جعل التحري بالصوم توبة لدون
التوبة الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطأ اذا الخطأ معفو في الجألة وجائز العفو عن هذا النوع خففت توبته لخفة في
الجناية فكان التحري في هذه الجناية بمنزلة التوبة في سائر الجنايات ومنها حرمان الميراث لانه وجد القتل مباشرة
بغير حق اما المباشرة فلا شك فيها وأما الخطر والحرمة فلان فعل الخطأ جناية جائز المؤاخذة عليها عقلاً لما بينا
والدليل عليه قوله عز اسمه ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ولولم يكن جائز المؤاخذة لكان معنى الدعاء اللهم لا تجر
علينا وهذا حال وانما رفع حكمها شرعاً ببركة دعاء النبي عليه الصلاة والسلام وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي
الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه مع بقاء وصف الفعل على حاله وهو كونه جناية ومنها وجوب الدية والكلام في
الدية في مواضع في بيان شرائط وجوب الدية وفي بيان ما تجب منه الدية من الاجناس وفي بيان مقدار الواجب من كل
جنس وفي بيان صفته وفي بيان من تجب عليه الدية وفي بيان كيفية الوجوب أما الشرائط فبعضها شرط أصل الوجوب
وبعضها شرط كمال الواجب أما شرط أصل الوجوب فنوعان أحدهما العصمة وهو ان يكون المقتول معصوماً فلا دية
في قتل الحرابي والباغي لفقد العصمة فاما الاسلام فليس من شرائط وجوب الدية لانه من جانب القاتل ولا من جانب
المقتول فتجب الدية سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو ذمياً أو حريباً مستأمناً وكذلك العقل والبلوغ حتى تجب
الدية في مال الصبي والمجنون والا صل فيه قوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ ففتحير رقبته مؤمنة ودية مسامة
الى أهله الا ان يصدقوا ولا خلاف في انه اذا قتل ذمياً أو حريباً مستأمناً تجب الدية لقوله تبارك وتعالى فان كان من قوم
بينكم وبينهم ميثاق فدية مسامة الى أهله والثاني التقوم وهو ان يكون المقتول متقوماً وعلى هذا يبنى ان الحرابي اذا أسلم
في دار الحرب فلم يهاجر إلينا فقتله مسلم أو ذمى خطأ انه لا تجب الدية عند أصحابنا خلافاً للشافعي بناء على ان التقوم بدار
الاسلام عندنا وعندنا بالاسلام وقد ذكرنا تقرير هذا الاصل في كتاب السير ثم نتكلم في المسألة ابتداءً احتج الشافعي
رحمه الله بقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ ففتحير رقبته مؤمنة ودية مسامة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ
فتجب الدية (ولنا) قوله جلّت عظمته وكبرياؤه فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحير رقبته مؤمنة

والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه جعل التحريم جزاء القتل والجزاء يقتضي الكفاية فلو وجبت الدية معه لا تقع الكفاية بالتحريم وهذا خلاف النص والثاني أنه سبحانه وتعالى جعل التحريم لكل الواجب بقتله لأنه كل المذكور فلو أوجبنا معه الدية لصار بعض الواجب وهذا تغيير حكم النص وأما صدر الآية الكريمة فلا يتناول هذا المؤمن لوجهين أحدهما أنه سبحانه وتعالى ذكر المؤمن مطلقاً فيتناول المؤمن من كل وجه وهو المستأمن ديناً وداراً وهذا مستأمن ديناً لا داراً لأنه مكثرسواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني أنه أفرد هذا المؤمن بالذبح والحكم ولو تناول صدر الآية الشريفة لعرف حكمه به فكان الثاني تكراراً ولو حمل على المؤمن المطلق لم يكن تكراراً فكان الحمل عليه أولى أو يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه توفيقاً بين الدليلين عملاً بهما جميعاً ثم عصمة المقتول تعتبر وقت القتل أم وقت الموت أم في الوقتين جميعاً على أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تعتبر وقت القتل لا غير وعلى أصلهما تعتبر وقت القتل والموت جميعاً وعلى قول زفر رحمه الله تعتبر وقت الموت لا غير وعلى هذا يخرج مسائل الرمي إذا رمى مسلماً فارتد المرمى إليه ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات فعلى الرامي الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله أن كان خطأ تتحملها العاقلة وإن كان عمداً يكون في ماله وعندهما لا شيء عليه وكذا عند زفر وإن رمى مرتداً أو حربياً فأسلم ثم وقع السهم به ومات لا شيء عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه الدية (وجه) قوله أن الضمان إنما يجب بالقتل والفعل إنما يصير قتلاً بفوات الحياة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحياة فكان دمه هدرًا كما لو جرحه ثم ارتد فمات وهو مرتد لهما أن للقتل تعلّقاً بالقاتل والمقتول لأنه فعل القاتل وأثره يظهر في المقتول بفوات الحياة فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعاً ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن الضمان إنما يجب على الإنسان بفعله ولا فعل منه سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق عند وجود زهوق الروح قتلاً من حين وجوده والحمل كان معصوماً في ذلك الوقت فكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية ولهذا لو كان مرتداً أو حربياً وقت الرمي ثم أسلم فاصابه السهم وهو مسلم أنه لا شيء عليه عندهما وهذه المسألة حجة قوية لأبي حنيفة رضي الله عنه عليهما في اعتبار وقت الرمي لا تغير والدليل عليه أن في باب الصيد يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعاً حتى لو كان الرامي مسلماً وقت الرمي ثم ارتد فاصاب السهم الصيد وهو مرتد يؤكل وإن كان الباب باب الاحتياط وبمثله لو كان مجوسياً وقت الرمي ثم أسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلم لا يؤكل وكذلك حلال رمى صيداً ثم أحرم ثم أصابه لا شيء عليه وإن رمى وهو محرم ثم حل فاصابه فعليه الجزاء فهذه المسائل جميعاً أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والأصل أن ما يرجع إلى الأهلية تعتبر فيه أهلية القاتل وقت الفعل بخلاف وما كان راجعاً إلى الحمل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بخلاف ما إذا جرح مسلماً ثم ارتد الجرح فمات وهو مرتد أنه يهدر دمه لأن الجرح السابق انقلب قتلاً بالسراية وقد تبدل الحمل حكماً بالردة فيوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل الحمل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في مسائلتنا ولو رمى عبداً فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه وعليه قيمته لمولاه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وقال محمد بن علي الرامي لمولى للعبد فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمى لا شيء عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي يوسف مع قول محمد أنه لما رمى إليه فقد صار ناقصاً بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به لأنه أشرف على الهلاك بتوجه السهم إليه فوجب عليه ضمان النقصان فصاركاً لو جرحه ثم أعتقه مولاه ولو كان كذلك لا تقطعت السراية ولا يضمن الدية ولا القيمة وإنما يضمن النقصان كذا هذا وأبو حنيفة رضي الله عنه مقرر على أصله وهو اعتبار وقت الفعل لأنه صار قاتلاً بالرمي السابق وهو كان ملك المولى حينئذ (وأما) بيان ما يجب فيه الدية فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الذي تجب منه الدية وتقتضي منه ثلاثة أجناس الأبل والذهب والفضة وعندهما ستة أجناس الأبل والذهب والفضة والبقرة والغنم والحمل واحتجاً بقضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فإنه روى أنه قضى بالدية من هذه الأجناس

محضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولا بن حنيفة رضي الله تعالى عنه قوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل جعل عليه الصلاة والسلام الواجب من الابل على الاشارة اليها فظاهره يقتضي الوجوب منها على التعيين الا ان الواجب من الصنفين الاخيرين ثبت بدليل آخر من ادعى الوجوب من الاصناف الاخر فعليه الدليل وأما قضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فقد قيل انه انما قضى بذلك حين كانت الديات على العواقل فلما نقلها الى الديوان قضى بها من الاجناس الثلاثة وذكر في كتاب المعامل ما يدل على انه لا خلاف بينهم فانه قال لو صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة لم يحجز بالاجماع ولو لم يكن ذلك من جنس الدية لجاز والله أعلم بالصواب وأما بيان من مدار الواجب من كل جنس وبيان صفة قدر الواجب من كل جنس يختلف بذكورة المقتول وأنوثته فان كان ذكرًا فلا خلاف في ان الواجب بقتله من الابل مائة لقوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل ولا خلاف أيضا في ان الواجب من الذهب الف دينار لما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينار والتقدير في حق الذمي يكون تقديره في حق المسلم من طريق الاولى وأما الواجب من النخلة فتد اختلاف فيه قال أصحابنا رحمهم الله تعالى عشرة آلاف درهم وزنا وزن سبعة وقال مالك والشافعي رحمهما الله اثنا عشر الفا والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال الدية عشرة آلاف درهم بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماع ما ان المقادير لا تعرف الاسماء فالظاهر انه سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقدر الواجب من البقر عندهما مائتا بقرة ومن الحبل مائتا حلة ومن الغنم الفاشاة ثم دية الخطأ من الابل اخصاس بلا خلاف عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقدر فعه الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال دية الخطأ اخصاس عشرون بنت مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنو لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعندهما قدر كل بقرة خمسون درهما وقدر كل حلة خمسون درهما والحلة اسم لثوبين ازار ورداء وقيمة كل شاة خمسة دراهم ودية شبه العمدة اربع عندهما خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعند محمد اثلاث ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كله خليفة وهو مذهب سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما وعن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال في شبه العمدة اثلاث ثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خليفة والصحابة رضي الله عنهم متى اختلفت في مسألة على قولين او ثلاثة يجب ترجيح قول البعض على البعض والترجيح ههنا قول ابن مسعود رضي الله عنه لوجهين أحدهما انه موافق للحديث المشهور الذي تلقنه العلماء رضي الله عنهم بالقبول وهو قوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل وفي ايجاب الحوامل ايجاب الزيادة على المائة لان الحمل أصل من وجهه والثاني ان ما قاله أقرب الى القياس لان الحمل معنى موهوم لا يوقف عليه حقيقة فان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون للداء ونحو ذلك وان كان أنثى فدية المرأة على النصف من دية الرجل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم انهم قالوا في دية المرأة انها على النصف من دية الرجل ولم ينقل انه أنكر عليهم أحد فيكون اجماعا ولان المرأة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك في ديتها وهل يختلف قدر الدية بالاسلام والكفر قال أصحابنا رحمهم الله لا يختلف ودية الذمي والحر بنى والمستأن من كدية المسلم وهو قول ابراهيم النخعي والشافعي رحمهما الله وقال الشافعي رحمه الله تختلف دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة واحتج بحديث رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل دية هؤلاء على هذه المراتب ولان الاثنية لما أثرت في نقصان البدل فالكفر أولى لان نقيصة الكفر فوق كل نقيصة (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله أطلق سبحانه وتعالى

القول بالدية في جميع أنواع القتل من غير فصل فدل ان الواجب في الكل على قدر واحد (وروينا) انه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذى عهد في عهده الف دينار (وروي) أن عمرو بن أمية الضمري قتل مستأمنين فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم فبها دية حرين مسلمين وعن الزهري رحمه الله انه قال قضي سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما في دية الذمي بمثل دية المسلم ومثله لا يكذب وكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ولان وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتيل فيما يرجع الى أحكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجدوا نقصان الكفر يؤثر في أحكام الدنيا (وأما) بيان من تجب عليه الدية فالدية تجب على القاتل لان سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل ثم (الدية) الواجبة على القاتل نوعان نوع يجب عليه في ماله ونوع يجب عليه كله وتتحمل عنه العاقلة بعصه بطريق التعاون اذا كان له عاقلة وكل دية وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد تتحملها العاقلة ومالا فلا فلا تعقل الصلح لان بدل الصلح ما وجب بالقتل بل بعقد الصلح ولا الاقرار لانها وجبت بالاقرار بالقتل لا بالقتل واقارره حجة في حقه لا في حق غيره فلا يصدق في حق العاقلة حتى لو صدقوا عقلوا ولا العبدان قتل انسا نا خطأ لان الواجب بنفس القتل الدفع لا الفداء والفداء يجب باختيار المولى لا بنفس القتل ولا العمدان قتل الاب ابنه عمد ألانها وان وجبت بالقتل فلم تجب بالقتل الخطأ أو شبه العمد وهذا لان التحمل من العاقلة في الخطأ وشبه العمد على طريق التخفيف على الخاطئ والعامل لا يستحق التخفيف وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تعقل العاقلة عمد أو لا عبدا ولا صاحباً ولا اعترافاً ولا مادون ارش الموضحة وقيل في معنى قوله عليه الصلاة والسلام ولا عبدا أن المراد منه العبد المقتول وهو الذي قتله مولاه وهو مأذون مديون أو المالك لا العبد القاتل لانه لو كان كذلك لكان من حق الكلام أن يقول لا تعقل العاقلة عن عبدا لان العرب تقول عقلت عن فلان اذا كان فلان قاتلاً وعقلت فلاناً اذا كان فلان مقتولاً كذا فرق الاصمعي ثم الوجوب على القاتل فيما تتحملة العاقلة قول عامة المشايخ وقال بعضهم كل الدية في هذا النوع تجب على الكل ابتداء القاتل والعاقلة جميعا والصحيح هو الاول لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ومعناه فليتحرر وليود وهذا خطاب للقاتل لا للعاقلة دل ان الوجوب على القاتل ولما ذكرنا أن سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل لان العاقلة فكان الوجوب عليه لا على العاقلة وانما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه ثم دخول القاتل مع العاقلة في التحمل مذهبننا وقال الشافعي رحمه الله القاتل لا يدخل معهم بل تتحمل العاقلة الكل دون القاتل وقال أبو بكر الاصمعي تتحمل القاتل دون العاقلة لانه لا يجوز أن يؤخذ أحد بدين غيره قال الله سبحانه وتعالى ولا تكسب كل نفس الا عليها وقال جللت عظمته ولا تزر وازرة وزر أخرى ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الاموال ولا مادون نصف عشر الدية كذا هذا (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام قضي بالفرقة على عاقلة الضاربة وكذا قضي سيدنا عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير وأما الآية الشريفة فنقول بموجبها ان لم قلنا أن الحمل على العاقلة أخذ بغير ذنب فان حفظ القاتل واجب على عاقلته فاذا لم يحفظوا فقد فرطوا والتفر يط منهم ذنب ولان القاتل انما يقتل بظهوره فكانوا كالمشاركين له في القتل ولان الدية مال كثير فالزام الكل القاتل اجحاف به فيشاركه العاقلة في التحمل تخفيفاً وهو مستحق التخفيف لانه خاطئ وبهذا فارق ضمان المال لان ضمان المال لا يكثر عادة فلا تقع الحاجة الى التخفيف ومادون نصف عشر الدية حكمه حكم ضمان الاموال (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أنه عليه الصلاة والسلام قضي بالدية على العاقلة فلا يدخل فيه القاتل وانا نقول نعم لكن معلولا بالنصرة والحفظ وذلك على القاتل أوجب فكان أولى بالتحمل ثم الكلام في العاقلة في موضعين أحدهما في تفسير العاقلة من هم والثاني في بيان القدر الذي تتحملة العاقلة من الدية (أما) الاول فالقاتل لا ينحلو اما ان كان حراً الاصل واما ان كان معتقاً واما ان كان مولى المولاة فان كان حراً الاصل فعاقلته أهل ديوانه ان كان

من أهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله عاقلة قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فإنه روى عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه قال كانت الديات على القبائل فلما وضع سيدنا عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الدواوين فإن قيل قضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقل من النسب اذ لم يكن هناك ديوان فكيف يتقبل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على مخالفته فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب لو كان سيدنا عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان يجب حمل فعله على وجه لا يخالف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وكان فعله بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولا يظن من عموم الصحابة رضي الله عنهم مخالفة فعله عليه الصلاة والسلام فدل أنهم فهموا أنه كان معلولا بالنصرة وإذا صارت النصر في زمانهم الديوان نقلوا العقل إلى الديوان فلا تتحقق المخالفة وهذا لأن التحمل من العاقلة للتناصر وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة وبعد الوضع صار التناصر بالديوان فصار عاقلة الرجل أهل ديوانه ولا تؤخذ من النساء والصبيان والمجانين والرقيق لأنهم ليسوا من أهل النصر ولا من هذا الضمان صلة وتبرع بالاعانة والصبيان والمجانين والمماليك ليسوا من أهل التبرع وإن لم يكن له ديوان فعاقلة قبيلته من النسب لأن استنصارهم وإن كان القاتل معتقاً أو مولى الموالاة فعاقلة مولاة وقبيلة مولاة لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم ثم عاقلة المولى الأعلى قبيلته اذ لم يكن من أهل الديوان فكذلك عاقلة مولاة ولا استنصاره مولاة وقبيلته فكانوا عاقلة هذا إذا كان للقاتل عاقلة فاما اذ لم يكن له عاقلة كالقبيط والحربي أو الذمي الذي أسلم فعاقلة بيت المال في ظاهر الرواية وروى محمد بن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال وجه هذه الرواية أن الأصل هو الوجوب في مال القاتل لأن الجنابة وجدت منه وإنما لا تؤخذ من العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلة يرد الأمر فيه إلى حكم الأصل وجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامية المسلمين وبيت المال ما لهم فكان ذلك عاقلة (وأما) بيان مقدار ما تتحمله العاقلة من الدية فلا يؤخذ من كل واحد منهم إلا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزداد على ذلك لأن الأخذ منهم على وجه الصلة والتبرع تخفيفاً على القاتل فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة ويجوز أن ينقص عن هذا القدر إذا كان في العاقلة كثرة فإن قلت العاقلة حتى أصاب الرجل أكثر من ذلك يضم اليهم أقرب القبائل اليهم من النسب سواء كانوا من أهل الديوان أو لا ولا يعسر عليهم ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدي كاحدهم لأن العاقلة تتحمل جنابة وجدت منه وضماً وأوجب عليه فكان هو أولى بالتحمل (وأما) بيان كيفية وجوب الدية فنقول لا خلاف في أن دية الخطأ تجب مؤجلة على العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فإنه روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون اجماعاً وتؤخذ من ثلاث عطايا إن كان القاتل من أهل الديوان لأن لهم في كل سنة عطية فإن تعجل العطايا الثلاث في سنة واحدة يؤخذ الكل في سنة واحدة وإن تأخرت يتأخر حق الأخذ وإن لم يكن من أهل الديوان تؤخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث سنين ولا خلاف في أن الدية بالقرار بالقتل الخطأ تجب في ماله في ثلاث سنين لأن القرار بالقتل اخبار عن وجود القتل وأنه يوجب حقاً مؤجلاً تتحمله العاقلة إلا أنه لا يصدق على العاقلة فيجب مؤجلاً في ماله واختلف في شبه العمد والعمد الذي دخلته شبهة وهو الاب إذا قتل ابنه عمداً قال أصحابنا رحمهم الله أنها تجب مؤجلة في ثلاث سنين إلا أن دية شبه العمد تتحمله العاقلة ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي رحمه الله دية الدم كدية العمد تجب حالاً وجه قوله أن سبب الوجوب وجد حالاً فتجب الدية حالاً إذا الحكم ثبت على وفق السبب هو الأصل إلا أن التأجيل في الخطأ ثبت معدولاً به عن الأصل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم أو ثبت معلولاً بالتخفيف على القاتل حتى تحمل عنه العاقلة والعمد يستحق التأجيل ولهذا وجب في ماله لا على العاقلة (ولنا) أن وجوب الدية لم يعرف إلا بنص الكتاب العزيز وهو قوله

تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقيقة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله والنص وإن ورد بلفظ الخطأ لكن غيره ملحق به إلا أنه مجمل في بيان القدر والوصف فينبى عليه الصلاة والسلام قدر الدية بقوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الأبل وبيان الوصف وهو الأجل ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم بقضية سيدنا عمر رضي الله عنه بمحض من فصار الأجل وصفا لكل دية وجبت بالنص وقوله دية الخطأ وجبت بطريق التخفيف والعمد يستحق التغليظ قلنا وقد غلظنا عليه من وجهين أحدهما بإيجاب دية مغلظة والثاني بإيجاب في ماله والجاني لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه وكذلك كل جزء من الدية نتحملة العاقلة أو تجب في مال القاتل فذلك الجزء تجب في ثلاث سنين كالعشرة إذا قتلوا رجلاً خطأ أو شبه عمداً حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها في ثلاث سنين وكذلك العشرة إذا قتلوا رجلاً واحداً هم أبوه حتى وجبت عليهم دية واحدة في ماله يجب على كل واحد منهم عشرها في ثلاث سنين لأن الواجب على كل واحد منهم جزء من دية مؤجلة في ثلاث سنين فكان تأجيل الدية تأجيلاً لكل جزء من أجزائها إذا لم يخالف الكل في وصفه ولا خلاف في أن بدل الصلح عن دم العمد يجب في ماله حالاً لأنه لم يجب بالقتل وإنما وجب بالعقد فلا يتأجل إلا بالشرط كضمن المبيع ونحو ذلك وكذلك العبد إذا قتل إنساناً خطأ واختار المولى الفداء يجب الفداء حالاً لأن الفداء لم يجب بالقتل بدلاً من القتل وإنما وجب بدلاً عن دفع العبد والعبد لو دفع يدفع حالاً فكذلك بدله والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كان القاتل حراً والمقتول حراً فاما إذا كان القاتل حراً والمقتول عبداً فالعبد المقتول لا يخلو أماناً كان عبداً أجنبياً (واما) إن كان عبد الفاتل فإن كان عبداً أجنبياً فيتعلق بهذا القتل حكماً أحدهما وجوب القيمة والكلام في القيمة في مواضع في بيان مقدار الواجب منها وفي بيان من تجب عليه وفي بيان من يتحملة وفي بيان كيفية الوجوب أما الأول فالعبد لا يخلو أماناً كان قليل القيمة (واما) إن كان كثيراً القيمة فإن كان قليل القيمة كان قيمته أقل من عشرة آلاف درهم يجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع وإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب عشرة آلاف لا عشرة وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه يجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول الشافعي رحمه الله والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه مثل مذهبهنا وروى عن سيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله تعالى عنهما مثل مذهبه والحاصل أن العبد آدمي ومال لوجوده معنى الأدمية والمالية فيه وكل واحد منهما معتبر مضمون بالمثل والقيمة حالة الأفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعاً ولا وجه إلى إيجاب الضمان بمقابلة كل واحدة منهما على الأفراد فلا بد من إيجابه بمقابلة أحدهما وإهدار الآخر فيقع الكلام في الترجيح فادعى الشافعي رحمه الله الترجيح من وجهين أحدهما أن الواجب مال ومقابلة المال بالمال أولى من مقابلة المال بالآدمي لأن الأصل في ضمان العدوان الوارد على حق العبد أن يكون مقيداً بالمثل ولا بمائلة بين المال والآدمي فكان إيجابه بمقابلة المال موافقاً للأصل فكان أولى والثاني أن الضمان وجب حقاً للعبد وحقوق العباد تجب بطريق الجبر وفي إيجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق الموت عليه من كل وجه (ولنا) النص ودلالة الإجماع والمعقول أما النص فقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقيقة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزداد على عشرة آلاف بالإجماع (وأما) دلالة الإجماع فهو أن أجمعنا على أنه لو أقر على نفسه بالقصاص يصح وإن كذب به المولى لولا أن الترجيح لمعنى الأدمية لما صح لأنه يكون إقراره إهداراً لمال المولى قصداً من غير رضاه وأنه لا يملك ذلك (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما أن الأدمية فيه أصل والمالية عارض وتبع والعارض لا يعارض الأصل والتبع لا يعارض المتبوع ودليل أصالة الأدمية من وجوه أحدها أنه كان خلقاً خلق آدمياً ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض الرق والثاني أن قيام المالية فيه بالأدمية وجوداً وبقاءً لا على القلب والثالث أن المال خلق وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الأدمية فيه أصلاً وجوداً

وبقاء وعرضاً والثاني أن حرمة الآدمي فوق حرمة المال لأن حرمة المال لغيره وحرمة الآدمي لعينه فكان اعتبار
النفسية واهدار المالية أولى من القلب إلا أنه نقصت دية عن دية الحر لكون الكفر منقصة في الجسلة واطهار الشرف
الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توفيقاً قال ابن مسعود رضي الله عنه ينقص من دية الحر عشرة دراهم فالظاهر
أنه قال ذلك سماعاً منه عليه الصلاة والسلام لأنه من باب المقادير أولاً لأن هذا أدنى مال له في خطر الشرع كما في نصاب
السرقه والمهر في النكاح قوله المال ليس بمثل للآدمي قلنا نعم لكن لشرف الآدمي وجه المال لم يجعل مثله عند
امكان إيجاب ما هو مثل له من كل وجه وهو النفس فاما عند تعذر اعتباره من كل وجه فاعتبار المثل من وجهه أولى من
الاهدار وقوله الجبر في المال أبلغ قلنا بلى لكن فيه اهدار الآدمي ومقابلة الجابر بالآدمي الفاتت أولى من المقابلة بالمال
المالك وإن كان الجبر ثمة أكثر لكن فيه اعتبار جانب المولى فيكون لغيره وفيما قلنا الجبر أقل لكن فيه اعتبار جانب
نفس الآدمي وهو العبد وحرمة الآدمي لعينه فكان ما قلناه أولى ولو كان المقتول أمة فإن كانت قليلة القيمة بأن كانت
قيمتها أقل من خمسة آلاف فهي مضمونة بقدر قيمتها بالغة ما بلغت وإن كانت كثيرة القيمة بأن كانت قيمتها خمسة
آلاف أو أكثر يجب خمسة آلاف الا عشرة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله
فهو قول الشافعي رحمه الله تبلغ بالغة ما بلغت والكلام في الأمة كالكلام في العبد وإنما ينقص منها عشرة كما نقصت
من دية العبد وإن اختلفا في قدر البدل لأن هذه دية البدل لأن هذه دية كاملة في الأمة فينقص في العبد بخلاف ما إذا قطع
يد عبد تزيد نصف قيمته على خمسة آلاف أنه يجب خمسة آلاف الاحمسة لأن الواجب هناك ليس بدية كاملة بل
هو بعض الدية لأن اليد منه نصف فيجب نصف ما يجب في الكل والواجب في الأنتى ليس ببعض دية الذكر بل هو
دية كاملة في نفسها لكنها دية الأنتى (وأما) بيان من يجب عليه ومن يتحملها فإنها يجب على القاتل لوجود سبب
الوجوب منه وهو القتل وتتحملها العاقلة في قولهما وعلى رواية أبي يوسف وهو قول الشافعي رحمه الله يجب في مال
القاتل وهذا بناء على الأصل الذي ذكرنا أن عندهما ضمان العبد بمقابلة النفس وضمان النفس بتحملها العاقلة وكدية
الحر وعند الشافعي بمقابلة المالية وضمان المال لا تتحملها العاقلة بل يكون في مال المتلف كضمان سائر الأموال
وروى عن أبي يوسف في كثير القيمة أن بقدر عشرة آلاف نعقله العاقلة لأن ذلك الفدر يجب بمقابلة النفس وما
زاد عليها لا نعقله لأنه يجب بمقابلة المالية (وأما) كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقد رما يتحمل كل واحد
منهم فاذكرنا في دية الحر من غير تفاوت والله تعالى أعلم والثاني وجوب الكفارة لعموم قوله تبارك وتعالى ومن
قتل مؤمناً خطأ ففتح ررقبة مؤمنة من غير فصل بين الحر والعبد والله تعالى الموفق ولو كان المقتول مدبراً إنساناً أو أم
ولده أو مكاتبه فحكمه حكم القن في جميع ما وصفنا وإن كان عبد القاتل فجناية المولى عليه هدر وكذا لو كان مدبره أو أم
ولده لأن القيمة لو وجبت لوجب له عليه وهذا امتنع وإن كان مكانه فجناية المولى عليه لازمة وعلى المولى قيمته في
ثلاث سنين لأن المكاتب فيما يرجع إلى كسبه وأرض جنايته حرق كان كسبه وأرضه له فالجناية عليه من المولى
والأجنبي سواء ولا تعقلها العاقلة بل نكون على ما له لقوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً
والمكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم ولأن المكاتب على مالك مولاه وإنما ضمن جنايته بعد الكتابة والعقد ثابت
بينهما غير ثابت في حق العاقلة ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف لأن أقرار المقر حجة في حقه لا في حق غيره وكذلك
جناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ما له لازمة لما ذكرنا أنه أحق بكسبه من المولى والمولى كالأجنبي فيه
وكذا إذا كان مأذوناً مديوناً فعلى المولى قيمته لتعلق حق الغرماء برقبته وبالقتل أبطل محل حقهم فتجب عليه
قيمته وتكون في ما له بالنص وتكون حالة لأنه ضمان اتلاف المال هذا إذا كان القاتل حراً والمقتول عبداً
فاما إذا كان القاتل عبداً والمقتول حراً فالحر المقتول لا يخلو من أن يكون أجنبياً أو يكون ولي العبد فإن كان
أجنبياً فالعبد القاتل لا يخلو من أن يكون قنأ أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً فإن كان قلنا يدفع إذا ظهرت جنايته إلا أن

يختار المولى الفداء فلا بد من بيان ما تظهر به هذه الجناية وبيان حكم هذه الجناية وبيان صفة الحكم وبيان ما يصير به المولى مختار للفداء وشرط صحة الاختيار وبيان صفة الفداء الواجب عند الاختيار أما الأول فهذه الجناية تظهر بالبينونة وقرار المولى وعلم القاضى ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان أو مأذونا لأن العبد ملك بالاذن بالتجارة ما كان من مال التجارة والقرار بالجناية ليس من التجارة وإذا لم يصح اقراره لا يؤخذ به لافى الحال ولا بعد العتاق لأن موجب اقراره لا يلزمه وإنما يلزم مولا دفكان هذا اقرارا على المولى حتى لو صدقه المولى صح اقراره وكذلك لو أقر بعد العتاق انه كان جنى فى حال الرق لاشئ عليه لما ذكرنا ان هذا اقرار له على المولى ألا يرى لو صدقه المولى وأقر أنه أعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولى قيمته والله سبحانه ونعالى أعلم وأما حكم هذه الجناية فوجوب دفع العبد الى ولى الجناية إلا أن يختار المولى الفداء عندنا وقال الشافعى رحمه الله حكما يتعلق الارش برفية العبد يباع فيه ويستوفى الارش من ثمنه فان فضل منه شئ فالفضل للمولى وان لم يف ثمنه بالارش يتبع بما بقى بعد العتاق والمولى أن يستخلصه ويؤدى الارش من مال آخر (وجهه) قوله أن الاصل فى ضمان الجناية أنه يجب على الجانى والواجب على الانسان اما ان يكون فى ماله أو تتحمل المافاة عنه والعبد لا مال له ولا عاقلة فتعذر الانجاب عليه فتجب فى رقبته ببيع فيه كدين الاسنهلاك فى الاموال (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا على وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مثل مذهبا بحضرة من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل الا سكار عليهم ما من أحد منهم فيكون اجماعا منهم والتمس يترك بمعارضة اجماع ودين الاسنهلاك فى باب الاموال يجب على العبد على ما عرف وأما صفة هذا الحكم فصيرورة العبد واجب الدفع على سبيل التعيين كثرت قيمة العبد أو قلت وعند اختيار المولى الفداء ينتقل الحق من الدفع الى الفداء سواء كان الجنى عليه واحدا أو أكثر غير انه ان كان واحدا دفع اليه ويصير كله مملوكا له وان كانوا جماعة يدفع اليهم وكان مقسوما بينهم على قدر ارش وجناتهم وسواء كان على العبد دين وقت الجناية أو لم يكن وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا مات العبد الجانى قبل اختيار الفداء بطل حق الجنى عليه أصلا لأن الواجب دفع العبد على طريق التعيين وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد فيسقط الحق أصلا ورأسا وهذا يدل على أن قول من يقول حكم هذه الجناية تخيير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء عند هلاك العبد ولم يبطل حق الجنى عليه أصلا على ما هو الاصل فى الخير بين شيئين اذا هلك أحدهما أنه يتعين عليه الآخر ولو مات بعد اختيار الفداء لا يبرأ موت العبد لانه لما اختار الفداء فقد انتقل الحق من رقبته الى ذمة المولى فلا تحتل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك ولو كانت قيمة العبد أقل من الدية فليس على المولى الا الدفع لأن وجوب الدفع حكمه لهذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها فلو جنى العبد على جماعة فان شاء المولى دفعه اليهم لان نعلق حق الجنى عليه الاول لا يمنع حق الثانى والثالث لان ملك المولى لما لم يمنع التعلق فالحق أولى لانه دونه واذا دفعه اليهم كان مقسوما بينهم بالخصص قدر ارش وجناتهم فان حصة كل واحد منهم من العبد عوض عن القاتل فيقتدر بقدر القاتل وان شاء أمسك العبد وغرم الجنائيات بكامل أروشها ولو أراد المولى أن يدفع من العبد الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه ويفدى بعض الجنائيات لذلك بخلاف ما اذا كان القتل واحدا وله وليان فأراد المولى دفع العبد الى أحدهما والفداء الى الآخر أنه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد وهو وجوب الدفع على التعيين وعند اختيار الفداء وجوب الفداء على التعيين ولا يجوز أن يجمع فى جناية واحدة بين حكمين مختلفين بخلاف ما اذا جنى على جماعة لان الجناية هناك متعددة وله خيار الدفع والفداء فى كل واحد منهما والدفع فى البعض والفداء فى البعض لا يكون جمعا بين حكمين مختلفين فى جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انسانا وقتاعين آخر فان اختار الدفع دفعه اليهما اثلاثا لتعلق حقهما بالعبد اثلاثا وان اختار الفداء فدى عن كل جناية بارشها وكذلك اذا شجع انسانا شجعا مختلفا انه ان دفع العبد اليهم كان مقسوما بينهم على قدر جنائياتهم وان اختار الفداء فدى عن الكل

باروشها ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين بخير المولى بين الدفع والقضاء ولا يبطل الدين بحادث الجناية لان موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع من الدفع الا أنه يدفعه مشغولا بالدين فان فدى بالدية يباع العبد في الدين لانه لما فدى فقد ظهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا أن يستخلصه المولى لنفسه ويقضى دين الغرماء وان اختار الدفع الى أولياء الجناية فدفعه اليهم يباع لاجل الغرماء في دينهم وانما بدى بالدفع لالدين لان فيه رعاية الحقين حق أولياء الجناية بالدفع اليهم وحق أصحاب الدين بالبيع لهم ولو بدى بالدين فيبيع به لبطل حق أولياء الجناية في الدفع لانه بالبيع يصير ملكا للمشتري لذلك بدى بالدفع وفائدة الدفع الى أولياء الجناية ثم البيع هي أن يثبت لهم حق استخلاص العبد بالقضاء لان للناس أغراضا في الاعيان ثم اذا بيع فان فضل شيء من العبد كان الفضل لأولياء الجناية لان العبد يبيع على ملكهم لصيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم وان لم يف ثمنه بالدين يتأخر ما بقي الى ما بعد العتاق كما لو بيع على ملك المولى الاول ولا يضمن المولى لأصحاب الدين بدفع العبد الى أولياء الجناية شيئا استحسانا والقياس أن يضمن (وجه) القياس أن الدفع اليهم تملك منهم بعد تعلق الدين برقبته فصار كانه باعه منهم ولو باعه منهم لضمن كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الدفع واجب عليه لما فيه من رعاية الحقين لما بينا ومن فعل ما وجب عليه لا يضمن ولو حضر الغرماء أولا فباع المولى العبد فان فعل ذلك بغير أمر القاضي ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا للقضاء ولزمه الارش وان كان غير عالما بالجناية فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو الدية وان كان رفع الى القاضي فان كان القاضي عالما بالجناية فانه لا يبيع العبد بالدين لان فيه ابطال حق أولياء الجناية فلا يملك ذلك وان لم يكن عالما بالجناية فباعه بالدين بينة قامت عنده أو بعلمه ثم حضر أولياء الجناية ولا فضل في الثمن بطلت الجناية وسقط حق أولياء الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير رضاه فصار كانه مات وهذا لانه لا سبيل الى تضمين القاضي لانه فيما يصنعه أمين فلا تلحقه العهدة ولا سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع ودفع بالجناية لوقعت الحاجة الى البيع ثانيا فتعذر القول بالفسخ فصار كانه مات ولومات لبطل حق أولياء الجناية أصلا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتل العبد الجاني قبل الدفع فان كان القاتل حرا يأخذ المولى قيمته ويدفعها الى ولي الجناية ان كان واحدا وان كانوا جماعة يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان القيمة بدل العبد فتقوم مقامه الا أنه لا خيار للمولى بين القيمة والقضاء حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختارا للقضاء ولو تصرف في العبد يصير مختارا للقضاء على ما ذكر وانما كان كذلك لان القيمة دراهم أو دنانير فان كانت مثل الارش فلا فائدة في التخيير وكذلك ان كانت أقل من الارش أو أكثر منه لانه يختار الأقل لا محالة بخلاف العبد فانه وان كان قليل القيمة فللناس رغائب في الاعيان وكذلك ان قتله عبد أجنبي فخير مولاه بين الدفع والقضاء وفدى بقيمة العبد المقتول أن المولى يأخذ القيمة ويدفعها الى ولي الجناية لما قلنا ولو دفع القاتل الى مولى العبد المقتول بخير مولى العبد المقتول بين الدفع والقضاء حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختارا للقضاء لان العبد القاتل قام مقام المقتول لهما ودما فكان الاول قائم وان قتله عبد آخر لمولاه بخير المولى في شيتين في العبد القاتل بين الدفع والقضاء لان تعلق حق ولي الجناية بالعبد جعل المولى كالأجنبي فصار كانه عبد أجنبي قتل العبد الجاني وهناك بخير بين الدفع والقضاء بقيمة المقتول كذا هذا وكذلك لو قتل عبد رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه هذا العبد بخير المولى بين دفعها وفدائها بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد قتل رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه رجلا آخر خطأ ثم ان العبد قتل الأمة خير المولى بين الدفع والقضاء فان اختار القضاء فدى بالدية وقيمة الأمة وان اختار الدفع ضرب فيه أولياء قتل العبد بالدية وأولياء قتل الأمة بقيمة الأمة لان الجناية عليها كالجناية على أمة أجنبي قتل رجلا خطأ ولو كانت قيمة الأمة الثا كان العبد مقسوما بينهم على احد عشر سهما سهم لا ولياء قتل الأمة وعشرة أسهم لا ولياء قتل العبد فان قطع عبد لا جاني يد العبد الجاني أو فقا عينه أو جرحه جراحة فخير مولى العبد القاطع أو الفاق أو الجارح بين الدفع والقضاء فان دفع عبده أو فداه بالارش فولى العبد المقطوع بخير بين الدفع والقضاء فان

شاء دفع عبده المقطوع مع العبد القاطع أو مع ارش يده عبده المقطوع وان شاء فدى عن الجنابة بالارش لان العبد
 المقطوع كان واجب الدفع بجميع أجزائه وارش يده بدل جزئه وكذلك العبد المدفوع قائم مقام يده فكان واجب
 الدفع إلا أن يختار القداء فينقل الحق من العبد الى الارش ولو كسب العبد الجاني كسبا أو كان الجاني أمة فولدت بعد
 الجنابة فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الارش أنه يدفع والفرق أن الارش بدل جزء كان
 واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل بخلاف الكسب والولد ولو قطعت يد العبد فأخذ المولى الارش ثم اختلف
 المولى وولى الجنابة فادعى المولى أن القطع كان قبل جنابته وان الارش سالم له وادعى ولى الجنابة أنه كان بعدها وأنه
 مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لان الارش ملك المولى كالعبد لانه بدل ملكه قولى الجنابة يدعى عليه وجوب
 تمليك مال هو ملكه منه وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد عبداً أو فقتل عينه وأخذ المولى الارش ثم
 جنى جنابة فان شاء المولى اختار القداء وان شاء دفع العبد كذلك ناقصا وسلم له ما كان أخذ من الارش لان
 وجوب الدفع بسبب الجنابة وهو كان عند الجنابة ناقصا بخلاف ما اذا قطعت يده بعد الجنابة أنه يدفع مع ارش اليد لان
 العبد وقت الجنابة عليه كان واجب الدفع بجميع أجزائه والارش بدل الجزء فيجب دفعه مع العبد ولو قتل قتيلا خطأ
 ثم قطعت يده ثم قتل قتيلا آخر خطأ فارش يده يسلم لولى الجنابة الاولى لان حقه كان متعلقا بجميع أجزائه وقت
 الجنابة والارش بدل الجزء فيقوم مقامه فيسلم له فاما حق الثانى فلم يتعلق بالجزء لانعدامه وقت الجنابة ثم يدفع العبد
 فيكون بين ولى الجنابتين على تسعة وعشرين جزءاً لان موضوع المسئلة فيما اذا كانت قيمة العبد ألف درهم فنقول
 حق ولى كل جنابة فى عشرة آلاف وقد استوفى ولى الجنابة الاولى من حقه خمسمائة فيجعل كل خمسمائة
 سهماً فيكون كل العبد أربعين سهماً حق كل واحد منهما فى عشرين وقد أخذ ولى الجنابة الاولى من حقه خمسمائة
 أو بقى حقه فى تسعة عشر سهماً ولم يأخذ ولى الجنابة الثانية شيئاً بقى حقه فى عشرين جزءاً من العبد وان اختار القداء
 فدى عن كل واحد من الجنابتين بعشرة آلاف لان ذلك ارشها ولو شج انساناً موصحة وقيمتها ألف درهم ثم قتل آخر
 وقيمتها ألفان فان اختار القداء فدى عن كل واحدة من الجنابتين بارشها وان اختار الدفع دفعه مقسوماً بينهما على أحد
 وعشرين سهماً سهم لصاحب الموصحة وعشرون لولى القتل لما ذكرنا أن قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل
 واحد منهما به وصاحب الموصحة حقه فى خمسمائة وحق ولى القتل فى عشرة آلاف فيجعل كل خمسمائة سهماً فتكون
 القسمة على أحد وعشرين وما حدث من زيادة القيمة للعبد وزيادة على الشركة أيضاً لانها صفة الاصل واذا ثبتت
 الشركة فى الاصل ثبتت فى الصفة وكذلك لو قتل انساناً خطأ وقيمتها وقت القتل ألفان ثم عمى بعد القتل قبل الشجرة
 ثم شج انساناً موصحة كانت القسمة بينهما على أحد وعشرين وما حدث فيه من النقصان فهو على الشركة أيضاً لما قلنا
 والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى جنابة ففداه المولى ثم جنى جنابة أخرى خير المولى بين الدفع والقداء لانه لما
 فدى فقد طهر العبد عن الجنابة وصار كأنه لم يجن فإذا جنى بعد ذلك فهذه جنابة مبتدأة فيبتدأ بحكمها وهو الدفع أو
 القداء بخلاف ما اذا جنى ثم جنى جنابة أخرى قبل اختيار القداء انه يدفع اليهما جميعاً أو يفدى لانه لما لم يفد لاولى
 حتى جنى ثانياً لحق كل واحد منهما تعلق بالعبد فيدفع اليهما أو يفدى ولو قتل العبد رجلاً وله وليان فدفعه المولى
 الى أحدهما فقتل عبده رجلاً آخر ثم حضر وإقال للمدفع عليه ادفع نصف العبد الى ولى القتل الثانى أو نصف
 الدية وأما النصف الآخر فيؤمر بالزد على المولى بين الدفع الى ولى الجنابة الثانية ولى الجنابة الاولى الذى لم يدفع اليه
 (أما) وجوب دفع نصف العبد على المدفوع اليه الى ولى القتل الثانى أو القداء فلانه ملك نصف العبد بالدفع
 فيخير فى جنابته بين الدفع والقداء (وأما) وجوب رد نصف العبد الى المولى فلانه أخذه بغير حق فعليه رده لقوله
 عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا يخير المولى فى النصف بين الدفع الى ولى الجنابتين وبين القداء
 لان وقت الجنابة الاولى كان كل العبد على ملكه وقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه فيوجب الدفع أو القداء

فان اختار الفداء فدى لكل واحد منهما بنصف الدية وان دفع دفع نصف العبد اليهما نصفين لان الدفع على قدر
تعلق الحق وحق كل واحد منهما متعلق بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين وقد كان وصل النصف الى
ولى الجناية الثانية من جهة المدفوع اليه ووصل اليه بالدفع من المولى ربع فسلم له ثلاثة ارباع العبد وسلم لولى الجناية
الاولى الذى لم يدفع اليه العبد اربع فصار العبد بينهما ارباعا ثلاثة ارباعه لولى الجناية الثانية واربعة لولى الجناية
الاولى وبقي الى تمام حقه اربع ثم لا يخلو اما ان كان المولى دفع كل العبد بقضاء القاضى او بغير قضاء القاضى
فان كان الدفع بقضاء لا يضمن المولى لان الدفع اذا كان بقضاء كان هو مضطرا فى الدفع فلا يضمن ولا سبيل
الى تضمين القاضى لان القاضى فيما يصنع أمين فلا تلحقه العهدة ويضمن القابض لانه قبض نصيب صاحبه
بغير حق والقبض بغير حق سبب لجوب الضمان كقبض الغصب ولا يخرج عن الضمان بالرد الى المولى لانه لم يردده
على الوجه الذى قبض العبد فارغا وورده مشغولا وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى الجناية الذى لم يدفع اليه العبد
بالخيار ان شاء ضمن المولى ربع قيمة العبد وان شاء ضمن القابض ليسلم له نصف العبد بعهده لم يردده وبعده
دراهم ودنانير لانه وجد سبب وجوب الضمان فى حق كل واحد منهما الدفع من المولى والقبض من القابض
فان اختار تضمين المولى فالمولى يرجع على القابض وان اختار تضمين القابض لا يرجع على المولى لان حاصل
الضمان عليه ولو قتل العبد قتيلين خطأ فدفعه المولى الى أحد وليي القتيلين فقتل عنده قتيلا آخر واجتمع عوا فان
القابض يدفع نصف العبد بالجناية أو يفدى نصف الجناية لما ذكرنا فى الفصل الاول ثم يقال للمولى ادفع النصف
الباقى الى ولى الجناية الثالثة أو أفد بنصف الدية خمسة آلاف لانه قد وصل اليه نصف العبد وبقي حقه فى النصف
وفدى لولى الجناية الثانية بكامل الدية عشرة آلاف لانه لم يصل اليه شئ من حقه وله ان يدفع نصف العبد اليهما
فان دفع اليهما كان مقسوما بينهما على قدر حقيهما فيضرب ولى الجناية الثانية فيه بعشرة آلاف وولى الجناية
الثالثة خمسة آلاف فيصير نصف العبد بينهما اثنا ثلثاه لولى الجناية الثانية وثلثه لولى الجناية الثالثة وبقي من حق
الثانى السدس لان حقه فى نصف العبد وقد حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل العبد فبقي الى تمام حقه السدس فان
كان الدفع بقضاء القاضى ضمن القابض المولى وان كان بغير قضاء فان شاء ضمن المولى وان شاء ضمن القابض كما
فى المسئلة المتقدمة ولو قتل العبد انسانا وفقا عين آخر فدفع المولى العبد الى المفقوءة عينه فقتل فى يده قتيلا يقال للمفقوءة
عينه ادفع ثلث العبد الى ولى القتل الثانى او افده بالثلث ورد الثلثين على المولى لانه أخذ الثلث بحق ملكه وأخذ الثلثين
بغير حق فيؤمر بالرد الى المولى ثم يخير المولى بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فدى الاول بتمام الدية عشرة آلاف
وللثانى بثلثى الدية وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما مقسوما بينهما على قدر حقيهما
فيتضاربان يضرب الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بثلثى الدية ستة آلاف وستة وستين وثلثين فاجعل كل
الف سهمين فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر سهما وثلثين فيكون كل العبد على خمسة وعشرين سهما وقد
أخذ ولى القتل الثانى منه ثلثه وهو ثمانية وثلث وبقي ثلثاه فيكون بينهما لولى القتل الاول عشرة ولى القتل الثانى
ستة وثلثان ثم ولى القتل الاول يرجع على القابض وهو المفقوءة عينه بستة أجزاء من ستة عشر جزءا وثلثي جزء من
ثلثي قيمته لان هذا القدر كان حقه وقد فات عليه بسبب كان فى يد القابض فيجعل كانه هلك عنده فيضمنه لولى
القتل الاول فان كان الدفع بغير قضاء القاضى له أن يأخذ أيهما شاء كفى الفصل الاول وطريقة أخرى فى الحساب
انه اذا دفع ثلثى العبد اليهما وضرب أحدهما بالدية والآخى بثلثى الدية يجعل كل ثلث سهما فيصير كل الدية ثلاثة أسهم
وثلثا الدية سهمين فيصير ثلثا العبد على خمسة أسهم الاول ثلاثة وللآخر سهمان ويصير الثلث الآخر سهمين
ونصف فيصير جميع العبد على سبعة ونصف فوقع فيه كسر فيضعف فيصير خمسة عشر فالثلث منه خمسة وقد دفع
الى الآخر وثلثا العبد عشرة فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلاثة أخماسه وهو ستة أسهم والآخر بأربعة أسهم ثم

يرجع الاول على القابض بخمس تلي قيمة العبد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتلت أمة رجلاً ثم ولدت بنتاً فقتلت
 البنت رجلاً ثم ان البنت قتلت أمها فالمولى بخير بين دفع البنت الى ولي الجنائتين وبين الفداء فان اختار الفداء فدى
 لا ولياء قتيل البنت بالدية ولا ولياء قتيل الام بقيمة الام لما ذكرنا فيما تقدم ان تعلق حق المجنى عليه وهو حق الدفع
 الحق للمولى بالاجنبي فتصير كأنها جنت على جارية أخرى لا جنبي وان اختار الدفع ضرب أولياء قتيل البنت بالدية
 وأولياء قتيل الام بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم على ذلك حتى لو كانت قيمة الام الف درهم كانت القسمة على احدى
 عشر سهم كل الف درهم سهم سهم من ذلك لا ولياء قتيل الام وعشرة أسهم لا ولياء قتيل البنت ولو كانت البنت
 فقأت عين الام ولم نفتلها فالمولى بخير بين الدفع والفداء لا يخلو (اما) ان يختار دفعهما جميعاً (واما) ان يختار فداءهما
 جميعاً (واما) ان يختار فداء البنت ودفع الام (واما) ان يختار فداء الام ودفع البنت فان اختار دفعهما جميعاً يدفع
 الام الى أولياء قتيل الام وهذا ظاهر و يدفع البنت الى أولياء قتيل البنت والى أولياء قتيل الام وكانت مقسومة بينهم
 على قدر حقوقهم فيتضاربون فيها يضرب أولياء قتيل البنت فيها بالدية لان حقهم تعلق بكل البنت وأولياء قتيل الام
 بنصف قيمة الام لانها فقأت احدى عينيها والعين من الآدمي نصفه فان اختار فداءهما جميعاً فدى الكل فريق من
 أولياء الجنائتين تمام الدية لان ذلك أرش كل واحد من الجنائتين وسقطت جناية البنت على الام لانهما جميعاً ملك
 المولى وقد طهرتا عن الجناية بالفداء وخلص ملك المولى فيهما فبعيت جناية البنت عليهما جناية ملك المولى على ما سلكه
 فتكون هدراً وان اختار دفع الام وفداء البنت دفع الام الى أولياء قتيل الام ثم يمدى البنت يمدى لا ولياء قتيل
 البنت بالدية ولا ولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا وان اختار دفع البنت وفداء الام يدفع البنت الى أولياء
 قتيل البنت ويمدى لا ولياء قتيل الام بكامل الدية وبطلت جناية البنت على الام لان الام طهرت بالفداء وخلص
 ملك المولى فيها فصارت جناية البنت على أمها جناية ملك المولى على ملكه فتكون هدراً ولو أن الام بعد ذلك فقأت عين
 البنت قبل أن تدفع واحدة منهما فان المولى بخير فيهما جميعاً فيبدأ بالبنت لانها هي التي بدأت بالجناية فيدفع الى أولياء
 الجنائتين فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل البنت بالدية وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا في المسئلة
 الاولى ثم يدفع الام اليهم فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل الام بالدية الا ما وصل اليهم من أرش البنت
 ويضرب فيها أولياء قتيل البنت بنصف قيمة البنت لان كل واحدة منهما جنت جنائتين فتدفع كل واحدة بجنايتها
 طعن في هذا الجواب وقيل ينبغي ان يدفع البنت في الابتداء أن يضرب فيها أولياء قتيل الام بنصف قيمة الام وأولياء
 قتيل البنت بالدية الا ما يصل اليهم في المستأنف لانه يصل اليهم بعض الام فينبغي أن لا يضربوا تمام الدية والصحيح
 ما ذكر في الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق أولياء قتيل البنت في تمام الدية ولم يكن وصل اليهم شيء فوجب
 أن يضربوا بجميع ذلك والزيادة التي تظهر لهم في المستأنف لا عبرة بها لان القسمة قد سحبت وقت الدفع فلا تتغير بمد
 ذلك كما قالوا في رجل مات وعليه لرجل ألف ولا آخر ألفان وترك ألفاً فاقسمها أثلاثاً ثم ان صاحب الالفين أبرأ
 الميت عن ألف ان القسمة الاولى لا تنتقض كذا هذا ولوجنت الام جناية ثم ولدت ولداً فقطع ولدها يدها يدفع
 الولد مع الام لما ذكرنا أن الولد في حكم الجناية على الام بمنزلة الاجنبي فصارت كأن عبد اجنبي قطع يدها ودفع بالجناية
 وهناك يدفع العبد مع الجارية لكونه قائماً مقام يد الجارية كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (واما) بيان ما يصير به
 المولى مختار للفداء وبيان صحة الاختيار فنقول ما يصير به المولى مختار للفداء نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو الصريح
 بلفظ الاختيار وما يجزى مجراه نحو أن يقول اخترت الفداء أو أثرته أو رضيت به ونحو ذلك سواء كان المولى موسراً
 أو معسراً في قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيسار المولى ليس بشرط لصحة الاختيار عنده حتى لو اختار الفداء ثم
 تبين أنه فقير معسر صح اختياره وصارت الدية دجناً عليه (وعندهما) يسار المولى شرط صحة اختياره الفداء
 ولا يصح اختياره اذا كان معسراً الا برضا الأولياء ويقال له اما أن تدفع أو تقدي حالاً كذا ذكر الاختلاف

في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي قول محمد مع قول أبي حنيفة في جواز الاختيار وقال الآن عند محمد الدية تكون في عين العبد لولي الجناية يبيعه فيها المولى لولي الجناية وهكذا روى عن أبي يوسف (وجه) قولهما أن الحكم الأصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع وعند الاختيار ينتقل إلى الذمة فيتقيد الاختيار بشرط السلامة ولا سلامة مع الاعسار فلا ينتقل إليها فيبقى العبد واجب الدفع ولا في حنيفة رحمه الله أن العزيمة ما قالها وهو وجوب الدفع لكن الشرع رخص له القداء عند الاختيار والاعسار لا يمنع صحة الاختيار لأنه لا يقدح في الأهلية والولاية وقد وجد الاختيار مطلقاً عن شرط السلامة فلا يجوز تقييد المطلق بالإدليل (وأما) الدلالة فهي أن يتصرف المولى في العبد تصرفاً يفوت الدفع أو يدل على امسالك العبد مع العلم بالجناية فكل تصرف يفوت الدفع أو يدل على امسالك العبد مع العلم بالجناية يكون اختياراً للقداء لأن حق المجني عليه متعلق بالعبد وهو حق الدفع وفي تقويت الدفع تقويت حقه والظاهر أن المولى لا يرضى بتقويت حقه مع العلم بذلك إلا بما يقوم مقامه وهو القداء فكان اقدامه عليه اختياراً للقداء وعلى هذا الأصل يخرج المسائل إذا باع العبد ببيعاً باتاً وهو عالم بالجناية صار مختاراً لأنه تصرف مزيل للملك فيفوت الدفع وكذا إذا باع بشرط خيار المشتري أما على أصلهما فلا يشكل لأن المبيع دخل في ملك المشتري (وأما) على أصل أبي حنيفة فلأن خيار المشتري إن كان يمنع دخول المبيع في ملكه فلا يمنع زواله عن ملك البائع وهذا يكفي دلالة الاختيار لأنه يفوت الدفع ولو باع على أنه بالخيار فإن مضت مدة الخيار قبل مضي المدة كان مختاراً لأن البيع انبرم قبل الدفع ولو تقضى البيع لم يكن مختاراً لأن الملك لم يزل فلم يفوت الدفع ولو عرض العبد على البيع لم يكن ذلك اختياراً عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله يكون اختياراً (وجه) قوله أن العرض على البيع دليل استيفاء الملك لا ترى أن المشتري بشرط الخيار إذا عرض المشتري على البيع بطل اختياره فكان دليل امسالك العبد لنفسه وذلك دليل اختيار القداء لما بينا (ولنا) أن العرض على البيع لا يوجب زوال الملك فلا يفوت الدفع وليس دليل امسالك العبد أيضاً بل هو دليل الإخراج من الملك فلا يصلح دليل اختيار القداء ولو باعه بيعاً فاسداً لم يكن مختاراً حتى يسلمه إلى المشتري لأن الملك لا يزول قبل التسليم فلا يفوت الدفع ولو وهبه من إنسان وسلمه إليه صار مختاراً لأن الهبة والتسليم يزولان الملك فيفوت الدفع ولو كانت الجناية فيما دون النفس فهو به المولى من المجني عليه لا يصير مختاراً ولا شيء على المولى ولو باعه من المجني عليه كان مختاراً لأن التسليم بالهبة في معنى الدفع لأن كل واحد منهما تملك بغير عوض فوقع الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لأنه تملك بعوض والدفع تملك بغير عوض فلا يقوم مقامه فكان الاقدام على البيع منه اختياراً للقداء وكذلك لو تصدق به على إنسان أو على المجني عليه فهو والهبة سواء لأن كل واحد منهما تملك بغير عوض ولو اعتقه أو دبره أو كانت أمة فاستولدها وهو عالم بالجناية صار مختاراً لأن هذه التصرفات تفوت الدفع إذ الدفع تملك وانها تمنع من التملك فكانت اختياراً للقداء ولو كانت جناية العبد فيما دون النفس فأمر المولى المجني عليه باعتاقه وهو عالم بالجناية صار المولى مختاراً للقداء لأن اعتاقه بأمره مضاف إليه فكان دليل اختيار القداء كما لو أعتق بنفسه ولو قال لعبدته ان قتلت فلانا فانت حر فقتله صار مختاراً للقداء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يكون مختاراً (وجه) قوله أنه إنما صار معتقاً بالقول السابق وهو قوله أنت حر ولا جناية عند ذلك وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختاراً (ولنا) أن المعلق بالشرط يصير منجزاً عند وجود الشرط بتنجز مبتدئاً كأنه قال له بعد وجود الجناية أنت حر ونظيره إذا قال لامرأته وهو صحيح إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى وقع الطلاق عليها يصير فاراً عن الميراث حتى ترث المرأة وإن كان التعليق في حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو أخبر المولى إنسان أن عبده قد جنى فاعتقه فان صدقه ثم أعتقه صار مختاراً للقداء بلا خلاف وإن كذبه فاعتقه لا يصير مختاراً عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يكن المخبر رجلاً أو رجلاً

واحد عدل وعندهما يصير مختارا للفداء ولا يشترط العدد في المخبر ولا عدالته وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الوكالة ولو كاتبه وهو عالم بالجناية صار مختارا اختيارا على التوقف لقوات الدفع في الحال على التوقف فان أدى بدل الكتابة فعتق تقرر الاختيار وان عجز ورد في الرق ينظر في ذلك ان خوصم قبل أن يعجز فقضى بالدية ثم عجز لا يرتفع القضاء لان الدية كانت وجبت بالكتابة من حيث الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضاء به وان لم يخاصم حتى عجز كان للمولى ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت على القطع والبنات لا احتمال ان يعجز فان عجز جعل كان الكتابة لم تكن فكان له ان يدفعه وروى عن أبي يوسف انه يصير مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسه لان يده عنه ثم عادت اليه بسبب جديد وهو العجز ولو كاتبه كتابة فاسدة كان ذلك اختيارا منه بخلاف البيع الفاسد أنه لا يكون اختيارا بدون التسليم لان الكتابة الفاسدة وهي نعلق العتق بالاداء تثبت بنفس العقد والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم (وأما) الاجارة والرهن والتزويج بان زوج العبد الجاني امرأة أو زوج الامة الجانية انسابا فهل يكون اختيارا ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يكون اختيارا لان الدفع لم يفت لان الملك قائم فكان الدفع ممكنا في الجملة وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يكون اختيارا لان الدفع للحال متعذر فاشبه البيع والتزويج تعيب فاشبه التعيب حقيقة ولو أقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر في الاصل لان الاقرار به لغيره لا يفوت الدفع لان المقر مخاطب بالدفع أو الفداء وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه يكون مختارا لان اقراره به لغيره في معنى التملك منه اذ العبد ملكه من حيث الظاهر لوجود دليل الملك وهو الابدان اقر به لغيره فكانه ملكه منه ولو قتله المولى صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو قتله أجنبي فان كان عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتله قصاصا لانه فات محل الدفع لا الى خلف هو مال فتبطل الجناية وان كان خطأ يأخذ المولى القيمة ويدفعها الى ولي الجناية ولا يخير المولى في القيمة على ما بينا فيما تقدم ولو لم يقتله المولى ولكن عيبه بان قطع يده أو قفا عينه أو جرحه جراحة أو ضرب به ضربا أثريه ونقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفداء لانه بالنقصان حبس عن الجني عليه جزأ من العبد وحبس الكل دليل اختيار الفداء لانه دليل امساك العبد لنفسه فكذا حبس الجزء ولأن حكم الجزء حكم الكل والله سبحانه أعلم ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم بالجناية حتى جعل مختارا ثم ذهب البياض فان ذهب قبل أن يخاصم فيه بطل الاختيار ويؤمر بالدفع أو الفداء لانه انما جعل مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل كان ذلك لم يكن وان خوصم في حال البياض فضمنه القاضي القيمة ثم زال البياض فقضاء القاضي نافذ لا يرد ولا يبطل اختياره لان اختياره وقع صحيحا ووجب الدين وقد استقر باتصال القضاء به وان استخدمه وهو عالم بالجناية لا يصير مختارا للفداء لانه لا يفوت الدفع بالاستخدام لقيام الملك وكذا الاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل به خيار الشرط فلا يكون دليلا على امساك العبد لنفسه فان عطب في الخدمة فلا ضمان عليه وبطل حق ولي الجناية لان الاستخدام ليس باختيارا بينا ولم يوجد منه تصرف آخر يدل على الاختيار فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو كان الجاني أمة فوطئها المولى فان كانت بكر فقد صار مختارا لانه فوت جزأ منها حقيقة بازالة البكارة وهي ازالة العذرة وان كانت ثيبا فان علقته منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يصير مختارا سواء علقته منه أو لم تعلق (وجه) هذه الرواية ان حل الوطء لا بدله من الملك امامك النكاح أو ملك اليمين ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتمين ملك اليمين لثبوت الحل فكان اقدامه على الوطء دليلا على امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار (وجه) ظاهر الرواية أن الوطء ليس الاستيفاء منفعة البضع وأنه لا يوجب نقصان العين حقيقة لان منفعة البضع لا جزأ من العين حقيقة الا انها الحقت بالاجزاء وقد رتب النقصان عند الاستيفاء في غير الملك اظهر اخطر البضع والاستيفاء ههنا حصل في الملك فلا حاجة الى الا الحاق فان عدم النقصان حقيقة وتقديرا ولو أذن له في التجارة فركبه دين لم يصير المولى مختارا وعليه قيمته (أما) عدم صيرورته مختارا فلان الاذن لا يوجب تعذر الدفع لا قبل لحوق الدين ولا بعنده وأما لزوم

القيمة فلان تعلق الدين برقبة العبد يوجب قصاصا فيه بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فتلزمه قيمته حين لورضى ولى الجناية قبوله مع النقصان لاشئ على المولى ثم جميع ما يصير به مختار الفداء مما ذكرنا اذا فعله وهو عالم بالجناية فان كان لم يعلم لم يكن مختارا سواء كانت الجناية على النفس أو على مادون النفس لان الاختيار ههنا اختيار الاشارة وانه لا يتحقق بدون العلم بما يختاره وهو الفداء عن الجناية واختيار الفداء عن الجناية اختيار الايثار واختيار الايثار بدون العلم بالجناية محال ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدية وان كانت على مادون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت الدفع المستحق من غير اختيار الفداء فيضمن القيمة ولو باعه بعباداتا وهو لا يعلم بالجناية فلم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضاء القاضى أو بخيار رؤية أو شرط يقال له ادفع أو أفد لانه اذا لم يعلم بالجناية لم يصير مختارا لما بينا ولو كان بعد العلم فعليه الفداء لانه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختارا للفداء لتعذر الدفع لزوال ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل لان الرد بهذه الاشياء فسخ للعقد من الاصل وسيتضح المعنى فيه ان شاء الله تعالى ولو قطع العبد انسان أو جرحه جراحة فخير فيه فاختر الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله لا يبطل لان وجوب الدفع لا يختلف بالقتل والقطع لانه يدفع في الحالين جميعا وان اختار الفداء ثم مات يبطل الاختيار ثم يخير نانيا عند محمد استحسننا وهو قول أبي يوسف الاول والقياس أن لا يبطل وعليه الدية وهو قول أبي يوسف الاخير ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة رحمه الله وذكر الطحاوى قوله مثل قول محمد ولو كان اختار الفداء بالا عتاق بان عتق العبد للحال حتى صار مختارا للفداء ثم مات المجنى عليه لا يبطل الاختيار ويلزمه جميع الدية قياسا واستحسانا (وجه) القياس أن المولى لما اختار الفداء عن أصل الجناية فقد صح اختياره ولزمه موجهها وبالسرية لم يتغير أصل الجناية وانما تغير وصفها والوصف تبع للاصل فكان اختيار الفداء عن المتبوع اختيارا عن التابع (وجه) الاستحسان أن اختيار الفداء عن القطع لما سرى الى النفس ومات فقد صار قتلا وهما متغايران فاختر الفداء عن أحدهما لا يكون اختيارا عن الآخر فيخير اختيارا مستقبلا بخلاف ما اذا كان الاختيار بالا عتاق لأن اقدامه على الاعتاق مع علمه أنه سرى الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق دلالة اختيار الكل والرضا به وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانه لم يرض بالزيادة على ما كان ثابتا وقت الاختيار والعبد للحال محل للدفع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الفداء الواجب عند الاختيار فهو أنها يجب في ماله حالا لا مؤجلا لان الحكم الاصلى لهذه الجناية هو وجوب الدفع والفداء كالحلف عنه فيكون على نعت الاصل ثم الدفع يجب حالا في ماله لا مؤجلا فكذلك الفداء والله سبحانه وتعالى الموفق هذا اذا كان العبد القاتل قنفا فان كان مدبرا فجنايته على مولاه اذا ظهرت فيقع الكلام في مواضع في بيان ما تظهر به جنايته وفي بيان أصل الواجب ومن عليه وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته أما الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن وقد ذكرناه ولا تظهر باقراره حتى لا يلزم المولى شئ ولا يتبع المدبر بعد العتاق كجناية القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح (وأما) بيان أصل الواجب بهذه الجناية فاصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وأبي عبيدة بن الجراح رضى الله عنهما انهما قضيا بجناية المدبر على مولاه بمحض من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحد منهم فيكون اجماعا من الصحابة والقياس يترك بمقابلة الاجماع ولان الاصل في جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى وبالتدبير منع من الدفع من غير اختيار الفداء والمنع من الدفع من غير اختيار الفداء يوجب القيمة على المولى كماله ودبر القن وهو لا يعلم الجناية (وأما) مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية الاقل من قيمته ومن الدية لان الدية ان كانت هي الاقل فلا حق لولى الجناية في الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يمنع المولى بالتدبير الا الرقبة فان كانت قيمته اقل من الدية فعليه قدر قيمته لما قلنا ولا يخير بين قيمته وبين الدية لانه يخير بين الاقل والاكثر وأنه خارج عن قضية الحكمة وان كانت قيمته أكثر من الدية أو مثل

الدية فعليه قدر الدية وينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد في الجناية لا تزداد على دية الحر بل ينقص منها عشرة وسواء قلت جنايته أو كثرت لا يلزم المولى من جناياته أكثر من قيمة واحدة لان سبب الوجوب هو المنع عند الجناية والمنع منع واحد فكان الواجب قيمة واحدة ولان القيمة في جناية المدبر بمنزلة العين في جناية القن قلت جنايته أو كثرت ولا يجب شيء آخر مع الدفع كذلك ههنا وتقسيم قيمته بين أولياء الجنايات على قدر جناياتهم يستوى فيها الأول والثاني لان القسمة في دفع العين هكذا فكذلك قيمة المدبر وسواء قبض ما على المولى أو لم يقبض يشتركون فيه فيتضاربون بقدر حقوقهم وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير وان كان سبب وجوب الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير ذلك سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية فكانه أنشأ التدبير عندهما وبين ان هذه الجملة في مسائل اذامات المدبر بعد الجناية لم تبطل على المولى القيمة لان حكم جنايته يلزم مولاه فيستوى فيه بقاء المدبر وهلاكه بخلاف القن اذا جنى ثم هلك أنه يبطل حكم الجناية أصلاً لان حكم جنايته وجوب الدفع وبالموت خرج عن احتمال الدفع ولو انتقصت قيمته بعد الجناية بان جنى وقيمه ألف ثم عمى لم يحط عن المولى شيء وعليه قيمته تامة لان نقصانه هلاك جزء منه ثم هلاك كله لا يسقط عنه شيئاً فكذا هلاك البعض ولو قتل انساناً ثم قتل آخر لا يلزم المولى الا قيمة واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى جنايات ثم اعتقه المولى لم يلزمه الا قيمة واحدة لان سبب وجوب الضمان هو المنع وأنه متحد فكان وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة واحدة ولو قتل انساناً خطأ ثم قتل آخر خطأ ثم دفع المولى القيمة الى ولي القتل الاول فالدفع لا يخلو ما ان كان بقضاء القاضي أو بغير قضاء القاضي فان كان بقضاء القاضي فلا سبيل لولي القتل الثاني على المولى لانه كان مجبوراً على الدفع والمجبور معذور وله أن يتبع ولي القتل الاول بنصف القيمة لانه قبض نصف القيمة بغير حق وان كانت الجنايتان مختلفتين بان كانت احدهما نفساً والاخرى مادون النفس فالثاني يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير قضاء القاضي فولى القتل الثاني بالخيار ان شاء ضمن المولى نصف القيمة وان شاء ضمن ولي القتل الاول لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان المولى متعدد في دفع العبد والقابض متعدد في قبضه فان ضمن المولى فانه يرجع على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انساناً خطأ فدفع القيمة الى ولي القتل ثم قتل آخر خطأ فهذا والاول سواء في قول أبي حنيفة عليه الرحمة والامر فيه على التفصيل الذي ذكرنا وعندهما لولى القتل الثاني أن يضمن المولى وله أن يضمن ولي القتل الاول سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء فهما فرقا بين الفصلين وأبو حنيفة عليه الرحمة جمع بينهما (وجهه) الفرق لهما أن المولى ههنا ليس بمتعدد في حق ولي القتل الثاني لان الجناية الثانية كانت منعدمة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه وفي الفصل الاول كانت الجنايتان موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه الى الاول تعدياً فيضمن (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن سبب وجوب الضمان على المولى هو المنع والمنع منع واحد في حق الاول والثاني جميعاً فصارت الجنايات كلها موجودة وقت الدفع فيصير المولى متعدداً في الدفع فكان له تضمينه بخلاف ما اذا كان الدفع بقضاء لان قضاء القاضي صيره مجبوراً في الدفع هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على سواء فاما اذا كانت مختلفة بان قتل رجلاً وقيمه ألف ثم ازدادت قيمته فصارت ألفين ثم قتل آخر يضمن المولى لولى القتل الثاني ألفاً آخر ولا حق لولى القتل الاول في الزيادة لانها لم تكن موجودة وقت الجناية على الاول فيسلم الزيادة الى الثاني ويقسم تلك القيمة وهي الالف بين أولياء الاول والثاني يتضاربون فيها فيضرب الاول فيها بعشرة آلاف والثاني بتسعة آلاف لانه قد وصل اليه ألف من عشرة آلاف فكانت قسمة تلك الالف على تسعة عشر هما عشرة أسهم للاول وتسعة أسهم للثاني ولو كانت قيمته وقت قتل الاول ألفين ووقت قتل الثاني ألفاً لا يضمن المولى شيئاً والالف تكون لولى القتل الاول سائماً والالف للآخر تقسم بينهما على تسعة عشر سهماً عشرة أسهم لولى القتل الثاني وتسعة أسهم لولى القتل الاول ولو قتل انساناً

وقيمة الف ثم ازدادت قيمته وصارت ألفاً وخمسمائة ثم قتل آخر فزاد الخمسمائة تسالمة لولي القتل الثاني لاحق فيها لولي القتل الأول لانها لم تكن موجودة وقت الجناية الأولى والألف تكون بين ولي القتلين يتضاربون فيها فيضرب ولي القتل الأول بتمام الدية عشرة آلاف والثاني بتسعة آلاف وخمسمائة لانه وصل اليه خمسمائة من عشرة آلاف فكانت قسمة الألف بينهما على تسعة وثلاثين سهماً لا نأخذ كل خمسمائة تسعة عشر لولي القتل الثاني وعشرون لولي القتل الأول والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الواجب بهذه الجناية فهي انها تجب في مال المولى حالاً لانه ضمان المنع من الدفع من غير اختيار القداء وأنه يوجب القيمة في مال المولى حالاً كما لو دبر العبد الجاني وهو لا يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالحلف عن ضمان الدفع والدفع يجب من ماله حالاً كذلك ههنا والله تعالى الموفق للصواب وان كان القاتل أم ولد فأم الولد في جميع ما وصفنا والمدبر سواء لان الواجب في جنايتهما ضمان المنع أيضاً إلا أن جهة المنع تختلف فالمنع في أم الولد بالاستيلاء وفي المدبر بالتدبير لذلك استوي في حكم الجناية والله تعالى أعلم وان كان القاتل مكاتباً قتل أجنبياً خطأ فجنايته على نفسه اذا ظهرت لا على مولاه فيقع الكلام فيما تظهر به جنايته وفي بيان أصل الواجب ومن عليه وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته (أما) الأول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن والمدبر وأم الولد وتظهر أيضاً باقراره بالجناية بخلاف جنايتهم لان ذلك اقرار على المولى فلم يصح أصلاً واقرار المكاتب على نفسه لانه أحق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا يجوز صلحه من الجناية على مال لانه صالح عن حق ثابت له ظاهر أو لو أقر وصالح ثم عجز فحكمه نذركه بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما أصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه فكان موجب جنايته عليه لا على مولاه ليكون الخراج بالضمان بخلاف القن والمدبر وأم الولد لان امتناع الدفع حصل بشئ من قبله وهو قبول الكتابة فكانت قيمته عليه بخلاف القن والمدبر وأم الولد (وأما) كيفية الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه قال علماءنا الثلاثة ان قيمته تصير ديناً في ذمته على طريق القطع والبتات وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل أنه يخاطب المولى بالدفع أو القداء عندنا وعنده يباع ويدفع ثمنه الى أولياء القتل وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية أخرى عقيب الأولى بلا فصل لا يجب عليه الا قيمة واحدة عندنا وعنده يجب عليه قيمة أخرى عقيب الأولى ولا خلاف في أنه اذا جنى جناية وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم جنى جناية أخرى أنه تجب عليه قيمة أخرى ووجه الفرق لا محابنا الثلاثة رحمهم الله أن القاضي لما قضى بالقيمة في الجناية الأولى فقد صارت القيمة ديناً في ذمته حتماً من غير تردد والجناية الثانية صادفت رقبة فارغة فتقضى بقيمة أخرى وأما قبل القضاء فالرقبة مشغولة بالأولى والمشغول لا يشغل (وجه) قول زفر رحمه الله أن الموجب للقيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت للمكاتب بعقد الكتابة لان امتناع الدفع اذا كان لحقه كانت القيمة عليه اذ لا خراج مع الضمان وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضاء القاضي (ولنا) ان الحكم الاصل في جناية العبد هو وجوب الدفع وامتناعه ههنا معارض لم يقع اليأس عن زواله وهو الكتابة لاحتمال العجز لانه ربما يعجز فيرد في الرق فيبين ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته ديناً في ذمته الا من حيث الظاهر والامر في الحقيقة على التوقف وانما يرتفع التوقف باحدى معان اما بأداء القيمة الى ولي القتل لان الاداء كان واجبا عليه فاذا أدى فقد وصل الحق الى المستحق فلا يسترد منه أو بالعق (اما) بأداء بدل الكتابة (واما) بالاعتاق المبتدئ أو بالموت عن وفاة أو ولد لانه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته واذا اعتق يتقرر حقه في كسبه ويقع اليأس عن الدفع فتتقرر القيمة واذا ترك ولداً ولم يترك وفاة فعقد الكتابة يبقى ببقاء الولد فيسعى على نجوم أبيه فيؤدى فيعتق ويعتق أبوه ويستند عتقه الى آخر جزء من أجزاء حياته أو بقضاء القاضي بالقيمة لانها كانت واجبة وتقرر الوجوب باتصال القضاء به أو بالصلح على القيمة لان الصلح بمنزلة القضاء هذا اذا ظهرت جناية بالمعينة أو بالينة (فأما) اذا ظهرت باقراره فان كان قد أدى القيمة ثم عجز لم يبطل اقراره

ولا يسترد القيمة لانه وصل الحق الى المستحق فلا يسترد وكذا اذا لم يؤد ولكنه عتق بأداء بدل الكتابة أو باعتاق مبتدئ أو بموت المكاتب عن وفاء أو ولدنا قلنا ولو لم يعتق ولكنه عجز فان كان عجزه قبل قضاء القاضي عليه بالقيمة فإقراره باطل في حق المولى بلا خلاف حتى لا يؤخذ به للحال ولكن يتبع به بعد العتاق لانه لما عجز قبل القضاء فقد انسخ العقد من الاصل وعاد قنأ كما كان فتبين انه أقر على مولاه وإقرار العبد على المولى باطل الا أنه يتبع بعد العتاق لان إقراره في حق نفسه صحيح وان كان بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة بطل إقراره في حق المولى ولا يؤخذ به للحال عند أبي حنيفة عليه الرحمة ويتبع بعد العتاق وعندهما لا يبطل إقراره في حق المولى ويؤخذ به للحال ويباع (وجه) قولهما ان القيمة قد وجبت عليه بإقراره من حيث الظاهر لصحة إقراره ظاهراً أو بقضاء القاضي تقرر الوجوب فلا يحتمل البطلان بالعجز كما لو أقر بدين لا سان ثم عجز ولا أبي حنيفة رحمه الله أن صحة إقراره من حيث الظاهر لم تكن لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة ما كان من التجارة والقرار بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه أحق بكسبه من المولى فاذا عجز فقد صار المولى أحق بكسبه فبطل إقراره ولو كان مكان الإقرار صلح بان جنى المكاتب جناية خطأ فصالح منها على مال جاز صلحه على ما ذكرنا ثم ان كان قد أدى بدل الصلح الى ولي الجناية أو كان لم يؤد لكنه عتق بأى طريق كان فقد تقرر الصلح ولا يبطل وان كان لم يؤد بدل الصلح ولا عتق حتى عجز بطل المال عنه في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ويخاطب المولى بالدفع أو القداء وعندهما لا يبطل ويصير ديناً عليه وعلى هذا الخلاف اذا قتل المكاتب انساناً عمد أم صالح من دم العمد على مال ثم عجز قبل أداء بدل الصلح انه يبطل الصلح ولا يؤخذ للحال عند أبي حنيفة وعندهما لا يبطل ويؤخذ للحال ولو كان ولي القتل اثنين فصالح المكاتب أحدهما دون الآخر سقط القصاص عنه وعليه ان يؤدى الى من صالحه ما صالح عليه وينقلب نصيب الآخر مالا فيغرم المكاتب له الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية لان الواجب عليه في كل الجناية الاقل من قيمته ومن الدية فالواجب في نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتباراً بالنصف بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يؤخذ للحال وانما يؤخذ بعد العتاق (وأما) نصيب الآخر فيقال للمولى ادفع نصف العبد أو أفد بنصف الدية على قول أبي حنيفة رضى الله عنه لان الصلح قد بطل عنده وعلى قولهما يدفع نصف العبد أو يفدى بنصف الدية والنصف الآخر يباع في حصة المصالح أو يقضى عنه المولى (وأما) القتل اذا قتل رجلاً عمداً وله وليان فصالح العبد أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا ونصيب المصالح يؤخذ بعد العتاق بلا خلاف (وأما) غير المصالح فيخاطب المولى بدفع نصف العبد اليه أو القداء بنصف الدية ولومات المكاتب قبل أن يؤخذ شي من ذلك ولم يترك شيئاً أصلاً أو لم يترك وفاء بالكتابة بطلت الجناية لانه اذا مات عاجزاً فمات قنأ والقتل اذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية أصلاً ورأساً وما تركه يكون للمولى اذا مات عبداً كان المتروك مال المولى فيكون له ولو مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وكتابة يبدأ بدين الاجنبى لان دين المولى دين ضعيف اذا لم يجب للمولى على عبده دين فكانت البداية بالقوى أولى وحكى عن قتادة رضى الله عنه قال قلت لابن المسيب ان شراً يحايقول الاجنبى والمولى يتحاصن فقال سعيد بن المسيب خطأ شريح وان كان قاضياً قضاء زيد بن ثابت أولى وكان زيد يقول يبدأ بدين الاجنبى فالظاهر أنه كان لا يخفى قضاءه على الصحابة ولم يعرف له مخالف فيكون اجماعاً ولومات المكاتب وترك وفاء بالكتابة وجناية فالجناية أولى لانها أقوى ولومات وترك مالا وعليه دين وكتابة وجناية فان كان قضى عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية اذا قضى بها صارت ديناً فماديين فلا يكون أحدهما بالبداء به أولى من صاحبه وان كان لم يقض عليه بالجناية يبدأ بالدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد فكان الاول أكد وأقوى قيده ويقتضى الدين منه ثم ينظر الى ما بقى فان كان به وفاء بالكتابة فصاحب الجناية أولى فيبدأ به وان لم يكن به وفاء بالكتابة فما بقى يكون للمولى لانه يموت قنأ على ما بينا وهذا بخلاف ما قبل الموت ان المكاتب يبدأ بأبى الديون شاء ان شاء بدين الاجنبى وان

شاء بارش الجناية وان شاء بمال الكتابة لانه يؤدى من كسبه والتدبير في كسبه اليه فكان له أن يبدأ بأبى ديونه شاء
وعلى هذا قالوا في المكاتب اذا مات فترك ولدا ان ولده يبدأ من كسبه بأبى الديون شاء لانه قام مقام المكاتب فتدبير
كسبه اليه بخلاف ما اذا مات ولم يترك ولدا لان الامر في موته الى القاضي فيبدأ بالأبى فالأبى والله سبحانه وتعالى
أعلم ولو اختلف المولى وولى الجناية في قيمته وقت الجناية فالقول قول المكاتب في قول أبى يوسف الآخر وهو
قول محمد وفي قول أبى يوسف الاول ينظر الى قيمته للحال لان الحال يصلح حكما في الماضي فيحكم (وجه) قوله الاخير
ان ولى الجناية يدعى زيادة الضمان وهو ينكر فكان القول قوله والله تعالى الموفق (وأما) قدر الواجب بجنايته فهو
الاقل من قيمته ومن الدين لان الارش ان كان أقل فلاحق لولى الجناية في الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يوجد من
المكاتب منع الزيادة فلا تلزمه الزيادة وان كانت قيمته أقل من الدية وجبت قيمته ولا يخير وان كانت أكثر من الدية
أو قدر الدية ينقص من الدية عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم في الجناية بأكثر من هذا القدر سواء كانت الجناية منه أو
عليه وتعتبر قيمته يوم الجناية لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب عند الجناية وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق
المكاتب انما يصير سببا عند وجود الجناية فيعتبر الحكم وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية والله تعالى أعلم (وأما)
صفة الواجب فهي ان يجب عليه حالا لا على العاقلة مؤجلا لان الحكم الاصل في جناية العبد هو الدفع وهذا كالحلف
عنه والدفع يجب عليه حالا لا مؤجلا فكذا الحلف والله تعالى أعلم هذا اذا كان المقتول أجنبيا (فاما) اذا كان مولى
القاتل فالقاتل لا يخلو (اما) ان كان قنا (واما) ان كان مدبرا (واما) ان كان أم ولد (واما) ان كان مكاتبا فان كان قنا
فقتل مولا خطأ فجنايته هدر لان المولى لا يجب له على عبده دين وان قتله عمدا فعليه القصاص لما مر ولو قتله عمدا
وله وليان فعفا أحدهما حتى سقط القصاص بطلت الجناية ولا يجب للذى لم يعف شيء في قولهما وقال أبو يوسف
رحمه الله يقال للذى عفا اما أن تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذى لم يعف أو تقديه بربع الدية (وجه)
قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما لكل واحد منهما النصف فاذا عفا أحدهما فقد سقط نصف القصاص وانقلب
نصيب صاحبه وهو النصف مالا شائعا في النصفين نصفه وهو الربع في نصيبه ونصفه في نصيب الشريك فما كان في
نصيبه يسقط وما كان في نصيب الشريك يثبت (وجه) قولهما أن الدية اما أن تجب حقا للمولى والوارث يقوم مقامه
في استيفاء حق وجب له واما ان تجب حقا للورثة بانتقال الملك اليهم بطريق الوراثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على
عبده دين وان كان مدبرا فقتل مولا خطأ فجنايته هدر وعليه السعاية في قيمته لانه لو وجبت الدية لوجبت على المولى
لانه لو جنى على أجنبى لوجبت الدية عليه فهنا أولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى في قيمة نفسه لان
العتق يثبت بطريق الوصية ألا ترى انه يعتبر من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل الا ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل التسخ
فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله عمدا فعليه القصاص ويسعى في قيمته لما قلنا ورثته بالخيار ان شاءوا عجلوا استيفاء
القصاص وبطلت السعاية وان شاءوا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصا لانهم احق ان يبتاهم واختيار السعاية لا يكون
مسقطا للقصاص لان السعاية ليست بعوض عن المقتول بل هي بدل عن الرق ولو كان للمولى وليان عفا أحدهما
ينقلب نصيب الآخر مالا بخلاف القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو وجب لوجب للمولى على عبده
وليس يجب للمولى على عبده دين وههنا يمكن لان المدبر يعتق بموت سيده فيسعى وهو حر فلم يكن في ايجاب الدية
عليه ايجاب الدين للمولى على عبده فهو الفرق وان كان أم ولد فقتلت مولا خطأ أو عمدا فحكمها حكم المدبر
وانما يختلفان في السعاية فام الولد لا سعاية عليها والمدبر يسعى في قيمته لان العتق هناك يثبت بطريق الوصية وعتق
أم الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا وله ابنان من غيرها فعفا أحدهما سعت
في نصف قيمتها الذى لم يعف لان القصاص قد سقط بعفا أحدهما وانقلب نصيب الآخر مالا وانما وجب عليها
السعاية في نصف قيمتها لان نصف الدية وان كانت هي حرة وقت وجوب السعاية لانها عتقت بموت سيدها

وتسعى وهي حرة لأنها كانت مملوكة وقت الجناية فيجب اعتبار الحالين حال وجود الجناية وحال وجوب السعاية ولو كانت مملوكة في الحالين بان قتلت أجنبياً خطأ لوجبت القيمة وكانت على المولى لا عليها فان كانت مملوكة حال الجناية حرة حال السعاية اعتبرنا بالحالين فوجبنا نصف القيمة اعتباراً الى وجود الجناية وأوجدنا ذلك عليها لا على المولى اعتباراً بحال وجوب السعاية اعتباراً للحالين بقدر الامكان ولو كان أحداً لابن منهن لا يجب القصاص عليها وسعت في جميع قيمتها أما عدم وجوب القصاص فلا نهلو وجب لوجب مشترك بينهما ولا يمكن الايجاب في نصيب ولدها اذ لا يجب للولد على أمه قصاص لتعذر الاستيفاء احتراماً للام (وأما) لزوم السعاية فلان القصاص سقط للتعذر ولا تعذر في القيمة فتسعى في جميع قيمتها وتكون بينهما وان كان مكاتباً فقتل مولاه خطأ فعليه الاقل من قيمته أو الدية لان جناية المكاتب على مولاه لا زمة كجناية مولاه عليه لانه فيما يرجع الى اكسابه وارث جنائياته كالاجنبي لانه أحق باكسابه من المولى وتجب القيمة حاله لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية مدبره وان كان عمداً فعليه القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم (هذا) اذا كان القاتل والمقتول حريين أو كان القاتل حراً والمقتول عبداً أو كان القاتل عبداً والمقتول حراً فاما اذا كانا عبيدين بأن قتل عبد عبداً خطأ فالمقتول لا يخلو اما ان كان عبداً لأجنبي واما ان كان عبد المولى القاتل فان كان عبد الأجنبي بان كان القاتل قنانياً مخاطب المولى بالدفع أو الفداء سواء كان المقتول قنانياً ومديراً أو أم ولد أو مكاتباً وهذا وما اذا كان المقتول حراً أجنبياً سواء الا ان هناك مخاطب المولى بالدفع أو بالفداء بالدية وههنا مخاطب بالدفع أو الفداء بالقيمة وان كان القاتل مدبراً أو أم ولد فعلى المولى قيمة الولد والمدبر وأم الولد سواء كان المقتول قنانياً أو مديراً أو مكاتباً كما اذا كان المقتول حراً أجنبياً وان كان القاتل مكاتباً فعليه قيمة نفسه سواء كان المقتول قنانياً أو مديراً أو أم ولد أو مكاتباً كما اذا كان المقتول حراً أجنبياً هذا اذا كان المقتول عبد الأجنبي فان كان عبد المولى القاتل فجناية القاتل عليه هدر وان كان القاتل قنانياً ومديراً أو أم ولد سواء كان المقتول قنانياً ومديراً أو أم ولد أو مكاتباً وان كان القاتل مكاتباً فجنايته عليه لا زمة كائن من كان المقتول لما ذكرنا فيما تقدم والله تعالى أعلم بالصواب هذا اذا قتل عبد عبداً خطأ فان قتل عمداً فعليه القصاص كائن من كان المقتول والله جل شأنه الموفق (وأما) القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ فنوعان نوع هو في معناه من كل وجه وهو ان يكون على طريق المباشرة ونوع هو في معناه من وجه وهو ان يكون من طريق التسبيب أما الاول فنحو النائم ينقلب على انسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لانه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية لانه اذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الاحكام هناك وروداً ههنا دلالة وكذلك لو سقط انسان من سطح على قاعد فقتله (أما) وجوب الدية فلوجود معنى الخطأ وهو عدم القصد (وأما) وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لانه مات بثقله سواء كان القاعد في طريق العامة أو في ملك نفسه ولومات الساقط دون القاعد ينظر ان كان في ملك نفسه أو في موضع لا يكون قعوده فيه جناية لا شيء على القاعد لانه ليس بمتعد في القعود فما تولد منه لا يكون مضموناً عليه ويهدر دم الساقط وان كان في موضع يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط على القاعد تتحملها العاقلة لانه متعد في القعود فالمتولد منه يكون مضموناً عليه كما في حفر البئر ولا كفارة عليه لحصول القتل بطريق التسبيب كما في البئر وكذلك اذا كان يمشى في الطريق حاملاً سيفاً أو حجراً أو لبنة أو خشبة فسقط من يده فقتله لوجود معنى الخطأ فيه وحصوله على سبيل المباشرة لوصول الآلة لبشرة المقتول (ولو) كان لا بسايفاً فسقط على غيره فقتله أو سقط عنه ثوبه أو رداؤه أو طيلسانه أو عمامته وهو لا بسه على انسان فتعقل به فتلف فلا ضمان عليه أصلاً لان في اللبس ضرورة اذا الناس يحتاجون الى لبس هذه والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمن ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول يمكن أيضاً وان كان الذي لبسه ممحلاً لا يلبس عادة فهو ضامن وكذلك الراكب اذا كان يسير في الطريق

العامه فوطئت دابته رجلا بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطأ في هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لأن ثقل
الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافا إلى الراكب فكان قتلا مباشرة ولو كدمت أو
صدمت أو خبطت فهو ضامن إلا أنه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لحصول القتل على سبيل التسبب دون
المباشرة ولا كفارة على السائق والقائد ولا يحرم الميراث والوصية لأن فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل
فكان قتلا تسبباً لا مباشرة والقتل تسبباً لا مباشرة لا يتعلق بهذه الأحكام بخلاف الراكب لأنه قاتل مباشرة على
ما بينا والرديف والراكب سواء وعليهما الكفارة ويحرم الميراث والوصية لأن ثقلهما على الدابة والدابة آلة لهما
فكانا قاتلين على طريق المباشرة ولو نفحت الدابة برجلها أو بذنبها وهو يسير فلا ضمان في ذلك على ركب ولا سائق
ولا قائد ولا يصل أن السير والسوق والقود في طريق العامة مأذون فيه بشرط سلامة العاقبة فلم تسلم عاقبته لم يكن
مأذون فيه فالتولد منه يكون مضمونا إلا إذا كان مملا يمكن الاحتراز عنه بسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل إليه
والوطء والكدم والصدم والخبط في السير والسوق والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة وذود الناس والنفع مما
لا يمكن التحرز عنه وكذا البول والروث واللعب فسقط اعتباره والتحقق بالعدم وقدر وى أن النبي عليه الصلاة
والسلام قال الرجل جبار أى نفحها ولهذا سقط اعتبار من أثار من الغبار من مشى الماشى حتى لو أفسد متاعا لم يضمن
وكذا ما أثار الدابة بسنا بكها من الغبار أو ألحصى الصغار لا ضمان فيه لما قلنا كذا هذا وأما ألحصى الكبار فيجب
الضمان فيها لأنه يمكن التحرز عن أثارها إذا لم يكن ذلك الابتغيف في السوق ولو كبج الدابة باللبجام فنفحت برجلها
أو بذنبها فهو هدر لعموم البلوى به ولو أوقف الدابة في الطريق فقتلت انسانا فإن كان ذلك في غير ملكه كطريق العامة
فهو ضامن لذلك كله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها
أو عطب شئ بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه وسواء كان ركباً أو لا لأن روث الدابة في طريق العامة
ليس بمأذون فيه شرعاً إنما المأذون فيه هو الممر ولا غير إذا الناس يتضررون بالوقوف ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه
تعدى لمن غير ضرورة فالتولد منه يكون مضمونا عليه سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن غير أنه إن كان ركباً فعليه
الكفارة في الوطء باليد والرجل لكونه قاتلاً من طريق المباشرة وإن لم يكن ركباً لا كفارة عليه لوجود القتل منه
تسبباً لا مباشرة وكذلك لو أوقف دابة على باب المسجد فهو مثل وقفه في الطريق لأنه متعد في الوقف إلا أن يكون
الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفاً يقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما أصابت في وقوفها لأن الامام إن
يفعل ذلك إذا لم يتضرر الناس به فلم يكن متعدياً في الوقوف فاشبه الوقوف في ملك نفسه إلا إذا كان ركباً فوطئت دابته
انساناً فقتلته لأن ذلك قتل بطريق المباشرة فيستوى في الموضع كلها ألا ترى أنه لو كان في ملكه يضمن وكذلك لو
أوقف دابته في موضع أذن الامام بالوقوف فيه كما في سوق الخيل والبغال لما قلنا وكذلك إذا أوقف دابته في الفلاة لأن
الوقوف في الفلاة مباح لعدم الأضرار بالناس فلم يكن متعدياً فيه وكذلك في الطريق إن كان وقف في الحجة فالوقوف
فيها كالوقوف في سائر الطرق العامة ولو كان سائراً في هذه الموضع التي أذن الامام فيها بالوقوف للناس أو سائراً أو قائداً
فهو ضامن لأن أثر الأذن في سقوط ضمان الوقف لا في غيره لأن إباحة الوقف فيها استيفيد بالأذن لأنه لم يكن ثابتاً قبله
فما إباحة السير والسوق والقود فلم يثبت بالأذن من الامام لأنه كان ثابتاً قبله فبقى الأمر فيها على ما كان قبل الأذن
وإن كان الوقف أو السير أو السوق أو القود في ملكه فلا ضمان عليه في شئ مما ذكر إلا فيما وطئت دابته بيدها أو برجلها وهو
راكب لأن هذه الأفعال تقع متعدياً في الملك والتسبب إذا لم يكن متعدياً لا يكون سبباً لوجوب الضمان فاما الوطء باليد
والرجل في حال السير أو الوقف فهو قتل مباشرة لا تسبباً حتى تجب الكفارة لوجود الضمان على كل سواء كان في
ملكه أو في غير ملكه وسواء كان الذي لحقته الجناية مأذوناً في الدخول أو غير مأذون لأن التلف حصل بفعله مباشرة
ومن دخل ملك غيره بغير إذنه لا يباح اتلافه ولوربط الدابة في غير ملكه فادامت تجول في رباطها إذا أصابت شيئاً بيدها

أو برجلها أو رانت أو بالت فعطب به شيء فذلك كله مضمون عليه لأنه متعد في الوقوف في غير ملكه ولوا تفتح الرباط
 وذهبت من ذلك الموضع فما عطب به شيء فهو هدر لأن معنى التعدى قد زال بزوالها من موضع الوقوف وإن أوقفها غير
 مربوطة فزالت عن موضعها بعدما أوقفها ثم جنت على إنسان أو عطب بها شيء فهو هدر لأنها زالت عن موضع الوقوف
 فتد زال التعدى فكانها دخلت في هذه المواضع بنفسها وجنت ولو تهرت الدابة من الرجل أو انفلتت منه فما أصابت في
 فورها ذلك فلا ضمال عليه لقوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار أرى البهيمة جرحها جبار ولا نه لا صنع له في نفاها
 وانفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو أرسل دابته فما أصابت من فورها ضمن لأن
 سيرها في فورها مضاف إلى إرسالها فكان متعديا في الإرسال فصار كالدافع لها أو كالسائق فان عطفت يمينا وشمالا
 ثم أصابت فإن لم يكن لها طريق الا ذلك فذلك مضمون على المرسل لأنها باقية على حكم الإرسال وإن كان لها طريق
 آخر لا يضمن لأنها عطفت باختيارها فيقطع حكم الإرسال وصارت كالمنفلتة ولو أرسل طيرا فأصاب شيئا في
 فوره ذلك لا يضمن ذلك بالاجماع ذكره في الزيادات فيمن أرسل بازيا في الحرم فالتلف طيبة الحرم أنه لا يضمن لأنه
 يفعل باختياره وفعله جبار ولو أغرى به كلبا حتى عقر رجلا فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما
 لو أرسل طيرا أو عند أبي يوسف رحمه الله يضمن كما لو أرسل البهيمة وقال محمد رحمه الله إن كان سائقه أو قائدا
 يضمن وإن لم يكن سائقه ولا قائدا لا يضمن وبه أخذ الطحاوي رحمه الله (وجه) قول محمد إن العقر فعل الكلب
 باختياره فلا حصل هو الاقتصار عليه وفعله جبار الا أنه بالسوق أو القود يصير مغريا يابا إلى الانلاف فيصير سببا للتلف
 فاشبهه سوق الدابة وقودها (وجه) قول أبي يوسف إن أغراء الكلب بمنزلة إرسال البهيمة فالمصاحب على فور
 الإرسال مضمون على المرسل فكذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن الكلب يعقر باختياره والأغراء للتحريض
 وفعله جبار ولو دخل رجل دار غيره فعقره كلبه لا يضمن سواء دخل داره بأذنه أو بغير أذنه لأن فعل الكلب
 جبار ولم يوجد من صاحبه التسبب إلى العقر إذ لم يوجد منه الا المسالك في البيت وأنه مباح قال الله تبارك وتعالى وهو
 أصدق القائلين مكلمين تعلمون من مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم ولولا في حية أو عقر با في الطريق فلدغت
 إنسانا فضمانه على الملقى لأنه متعد في الإلقاء الا إذا عدلت عن ذلك الموضع إلى موضع آخر فلا يضمن لارتفاع التعدى
 بالعدول إذا اصطدم فارسان فمات فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند
 زفر رحمه الله على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) قول زفر إن كل
 واحد منهما مات فعلى نفسه وفعل صاحبه وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه فيهدر ما حصل بفعل
 نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر كما لو جرح
 نفسه وجرحه أجنبي فمات إن على الأجنبي نصف الدية لما قلنا كذا هذا (ولنا) ما روى عن سيدنا على
 رضي الله عنه أنه قال مثل مذهبننا ولا نكل واحد منهما مات من صدم صاحبه أياه فيضمن صاحبه كمن بني حائط في
 الطريق فصدم رجلا فمات إن الدية على صاحب الحائط كذا هذا وبه تبين أن صدمة نفسه مع صدم صاحبه أياه
 فيه غير معتبر إذ لو اعتبر لما لزم باني الحائط على الطريق جميع الدية لأن الرجل قدم مشى إليه وصدمه وكذلك حافر البئر
 يلزمه جميع الدية وإن كان الماشى قدم مشى إليها رجلا ن مداحبلا حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فان سقطا على
 ظهرهما فماتا فلا ضمان فيه أصلا لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه إذ لم مات من فعل صاحبه لخر على وجهه
 فلما سقط على قفاه علم أنه سقط بفعل نفسه وهو مده قد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحد وإن
 سقطا على وجهيهما فمات فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لأنه لما خر على وجهه علم أنه مات من جذبه وإن سقط
 أحدهما على ظهره والا خر على وجهه فمات فدية الذي سقط على وجهه على عاقلة الآخر لأنه مات بفعله وهو
 جذبه ودية الذي سقط على ظهره هدر لأنه مات من فعل نفسه ولو قطع قاطع الحبل فسقطا جميعا فماتا فلا ضمان على القاطع

لانه تسبب في اتلافهما والاتلاف تسببها يوجب الضمان كحفر البئر ونحو ذلك صبي في يد أبيه جذبه رجل من يده والاب يمسكه حتى مات فديته على الذي جذبه ويرثه أبوه لان الاب يحق في الامسالك والجاذب متعد في الجذب فالضمان عليه ولو تجاذب رجلان صبيًا وأحدهما يدعي انه ابنه والاخر يدعي انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذي يدعي انه عبده ديته لانه متعد في الجذب لان المتنازعين في الصبي اذا زعم أحدهما انه أبوه فهو أولى به من الذي يدعي انه عبده فكان امسا كبحق وجذب الاخر بغير حق فيضمن رجل في يده ثوب نشبت به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان حق صاحب الثوب في دفع الممسك وعليه دفعه بغير جذب فاذا جذب فقد حصل التلف من فعلهما فاقسم الضمان بينهما رجل عض ذراع رجل فجذب المعضوض ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا تهدر دية الاسنان ويضمن العاض ارش الذراع لان العاض متعد في العض والجاذب غير متعد في الجذب لان العض ضرر ولدان يدفع الضرر عن نفسه رجل جلس الى جنب رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف ذلك لان التلف حصل من الجلوس والجذب والجالس متعد في الجلوس اذ لم يكن له أن يجلس عليه فكان التلف حاصلًا من فعليهما فيقسم الضمان عليهما رجل أخذ بيد انسان فصاحه فجذب يده من يده فاقبل فمات فلا شيء عليه لان الآخذ غير متعد في الآخذ للمصاحفة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب هو الذي تعدى على نفسه حيث جذب يده لا يدفع ضرر لحقه من الآخذ وان كان أخذ يده ليعصرها فآذاه فجر يده ضمن الآخذ ديته لانه هو المتعدى وانما صاحب اليد دفع الضرر عن نفسه بالجر وله ذلك فكان الضمان على المتعدى فان انكسرت يد الممسك وهو الآخذ بالجذب لم يضمن الجاذب لان التعدى من الممسك فكان جانيًا على نفسه فلا ضمان على غيره والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الثاني فنحو جناية الحافر ومن في معناه ممن يحدث شيئًا في الطريق أو المسجد وجناية السائق والقائد وجناية الناحس وجناية الحائط (أما) جناية الحافر فالحفر لا يخلو (أما) ان كان في غير الملك أصلاً (وأما) ان كان في الملك فان كان في غير الملك ينظر ان كان في غير الطريق بان كان في المقازة لا ضمان على الحافر لان الحفر ليس يقتل حقيقة بل هو تسبب الى القتل الا ان التسبب قد يلحق بالقتل اذا كان المسبب متعدي في التسبب والتسبب ههنا ليس بمتعد لان الحفر في المقازة مباح مطلق فلا يلحق به فاعدم القتل حقيقة وتقدير افلا يجب الضمان وان كان في طريق المسلمين فوقع فيها انسان فمات فلا يخلو اما ان مات بسبب الوقوع واما ان مات غمًا أو جوعًا فان مات بسبب الوقوع فالحافر لا يخلو اما ان كان حرًا واما ان كان عبدًا فان كان حرًا يضمن الدية لان حفر البشر على قارة الطريق سبب لوقوع المار فيها اذ لم يعلم وهو متعد في هذا التسبب فيضمن الدية وتحمّل عنه العاقلة لان التحمل في القتل الخطأ المطلق للتخفيف على القاتل نظر الله والقتل بهذه الطريق دون القتل الخطأ فكانت الحاجة الى التخفيف أبلغ ولا كفارة عليه لان وجوبها متعلق بالقتل مباشرة والحفر ليس بقتل أصلاً حقيقة الا انه الحق بالقتل في حق وجوب الدية فبقى في حق وجوب الكفارة على الاصل ولان الكفارة في الخطأ المطلق انما وجبت شكر النعمة الحياة بالسلامة عند وجود سبب فوت السلامة وذلك بالقتل فاذا لم يوجد لم يجب الشكر وكذا لا يحرم الميراث ان كان وارثًا للمجنى عليه ولا الوصية ان كان أجنبيًا لان حرمان الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال النبي عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل وقال عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة وان مات غمًا أو جوعًا فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يضمن وقال محمد يضمن وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات غمًا يضمن وان مات جوعًا لا يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضمان عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر تسببًا الى الهلاك ومعنى التسبب موجوده ههنا لان الوقوع بسبب الغم والجوع لان البئر يأخذ نفسه واذا طال مكثه يلحقه الجوع والوقوع بسبب الحفر فكان مضافًا اليه كما اذا حبسه في موضع حتى مات (وجه) قول أبي يوسف ان الغم من آثار

الوقوع فكان مضافاً الى الحفر فأما الجوع فليس من آثاره فلا يضاف الى الحفر ولا يـ حنيفة رحمه الله أنه لا يصنع للحافر في النعم ولا في الجوع حنيفة لأنهما يحدثان بخلق الله تعالى لا يصنع للعبد فيهما أصلاً لا مباشرة ولا تسيباً أما المباشرة فلا شك في انتفاءها وأما التسيب فلا لأن الحفر ليس بسبب للجوع لا شك فيه لأنه لا ينشأ منه بل من سبب آخر والنعم ليس من لوازم البئر فانه قد تنعم وقد لا تنعم فلا يضاف ذلك الى الحفر وإن أصابته جناية فيما دون النفس فضمانها على الحافر لأنها حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب الحفر ثم إن بلغ الفدر الذي تتحملة العاقلة حملة عليهم والا فيكون في ماله وكذا إذا كان الواقع غير بني آدم لأن ضمان المال لا تتحملة العاقل كيلاً لا تتحمل سائر الديون ثم إن جنابات الحفر وإن كثرت من الحفر يجب عليه لكل جنابة ارشها ولا يستقطش من ذلك بشئ منه ولا يشرك المجنى عليهم فيما يجب لكل واحد منهم لأنه بالحفر جنى على كل واحد منهم بحاله فيؤخذ بكل واحدة من الجنابات بحالها هذا هو الأصل وإن كان الحافر عبداً فإن كان قنناً فجنابته بالحفر بمنزلة جنابته بيده وقد ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم وهو أن يخاطب المولى بالدفع أو الفداء قلت جنابته أو كثرت غير أنه إن كان المجنى عليه واحداً يدفع اليه أو يفدى وإن كانوا جماعة يدفع اليهم أو يفدى بجميع الأرواح لأن جنابات القن في رقبة يتألف للمولى ادفع أو افد والرقبة تتضايق عن الحقوق فيتضاربون في الرقبة والواجب بجنابة الحر يتعلق بذمة العاقلة والذمة لا تتضايق عن الحقوق فإن وقع فيها واحداً فدفعت فدفعه المولى الى ولي جنابته ثم وقع آخر بشارك الأول في الرقبة المدفوعة وكذلك الثالث والرابع فكلما يحدث من جنابة بعد الدفع فاتهم بشارك المدفوع اليه الأول في رقبة العبد وكل واحد منهم يضرب بتقدير جنابته لأن المولى بالدفع الى الأول خرج عن عهدة الجناية لأنه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة الواجب ثم الجناية في حق الثاني والثالث حصلت بسبب الحفر أيضاً والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الى الأول دفعاً الى الثاني والثالث لاستواء الكل في سبب الوجوب كأنه دفعه الى الأول دفعة واحدة ولو حفرها ثم أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقت الجنابات فذلك على المولى في قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنابات التي كانت قبل العتق وبعده يضرب في ذلك كل واحد بقدر راس الجنابة لأن جنابة القن وإن كثرت فالواجب فيها الدفع والمولى بالاعتاق فوت الدفع من غير اختيار الفداء فتعتبر قيمته وقت الاعتاق لأن فوات الدفع حصل بالاعتاق فتعتبر قيمته يوم الاعتاق بخلاف المدبر أنه لا تعتبر قيمته يوم التدبير بل يوم الجناية وإن كان فوات الدفع بالتدبير لكن التدبير إنما يصير سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته حينئذ على ما بينا فيما تقدم وإن كان الحافر مدبراً أو أم ولد فعلى المولى قيمة واحدة قلت الجناية أو كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر ولا تعتبر زيادة القيمة وتقصانها لأنه صار جانياً بسبب الحفر عند الوقوع فتعتبر قيمته وقت الجناية كما إذا جنى بيده وإن كان مكاتباً فجنابته على نفسه لا على مولاه كما إذا جنى بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر لما بينا ولو حفر بشرافى الطريق فجاء انسان ودفع انساناً وألقاه فيها فالضمان على الدافع لا على الحافر لأن الدافع قاتل مباشرة ولو وضع رجل حجراً في قعر البئر فسقط انسان فيها فالضمان على الحافر مع الواضع ههنا كالدافع مع الحافر ولو جاء رجل فحفر من أسفلها ثم وقع فيها انسان فالضمان على الأول كذا ذكر الكرخي رحمه الله وذكر محمد رحمه الله في الكتاب ينبغي في القياس أن يصون الأول ثم قال وبه نأخذ ولم يذكر الاستحسان وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله في الاستحسان الضمان عليهم لا اشتراكهم في الجناية وهي الحفر فيبشتر كان في الضمان (وجه) القياس أن سبب الوقوع حصل من الأول وهو الحفر بإزالة المسكة والحفر من الثاني بمنزلة نصب السكين أو وضع الحجر في قعر البئر فكان الأول كالدافع فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بشرافى فجاء انسان وسع رأسها فوق وقع فيها انسان فالضمان عليهم ما نصفان هكذا أطلق في الكتاب ولم يفصل وقيل جواب الكتاب محمول على ما إذا وسع قليلاً بحيث يقع رجل في حفرهما (فأما) إذا وسع كثيراً بحيث يقع قدمه في حفر الثاني فالضمان على الثاني لا على الأول لأن اتوسع إذا كان قليلاً بحيث يقع قدمه في حفرهما كان الوقوع بسبب

وجد منهما وهو حفرهما فكان الضمان عليهما وإذا كان كثيرا كان الوقوع بسبب وجد من الثاني فكان الضمان عليه ولو حفر بثرأثم كبسها فجاء رجل وأخرج ما كبس فوقه فيها انسان فالكبس لا يخلو اما ان كان بالتراب والحجارة (واما) ان كان بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثاني وان كان بالثاني فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة يعد طما للبشر والحاقله بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة اخراج بثر أخرى (فاما) الحنطة والشعير ونحوهما فلا يعد ذلك طما بل يعد شغلا لها الا يرى انه بقي أثر الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير ولا يبقى أثره بعد الكبس بالتراب والحجارة ولو حفر بثر او سد الحافر رأسها ثم جاء انسان فنقضه فوقه فيها انسان فالضمان على الحافر لان أثر الحفر لم ينعدم بالسد لكن السد صار مانعا من الوقوع والفتح أزال المانع وزوال المانع شرط للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط ولو وضع رجل حجر في الطريق فتعثر عليه رجل فوقه في بثر حفرها آخر فالضمان على واضع الحجر لان الوقوع بسبب التعثر والتعثر بسبب وضع الحجر والوضع تعد منه فكان التلف مضافا الى وضع الحجر فكان الضمان على واضعه وان كان لم يضعه أحد ولكنه حمل السيل فالضمان على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف الى الحجر لعدم التعدي منه فيضاف الى الحافر لكونه متعديا في الحفر ولو اختلف الحافر ورتبة الميت فقال الحافر هو اتقى نفسه فيها متعمدا وقال الورثة بل وقع فيها فالقول قول الحافر في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الاول القول قول الورثة (وجه) قوله الاول ان الظاهر شاهد للورثة لان العاقل لا يلقي نفسه في البئر عمدا والقول قول من يشهد له الظاهر (وجه) قوله الآخر ان حاصل الاختلاف يرجع الى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه وما ذكر من الظاهر معارض بظاهر آخر وهو ان الظاهر ان المار على الطريق الذي يمشي فيه يرى البثر فتعارض الظاهران فبقي الضمان على أصل العدم ولو حفر بثر في الطريق فوقع رجل فيها فتملق با آخر وتعلق الثاني بثالث فوقه وانما توافقه في الاصل لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان علم حال موتهم بان خرجوا أحياء فأخبروا عن جالهم (واما) ان لم يعلم فان علم ذلك (فاما) موت الاول فلا يخلو من سبعة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثاني عليه (واما) ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه (واما) ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة فالضمان على الحافر لان الحافر هو القاتل تسببا وهو متعد فيه فكان الضمان عليه فان علم انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة فدمه هدر لانه هو الذي قتل نفسه حيث جره على نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان على الثاني لان الثاني هو الذي جر الثالث على الاول حتى أوقعه عليه وان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه فنصفه هدر ونصفه على الثاني لان جره الثاني على نفسه هدر لانه جناية على نفسه وجر الثاني والثالث عليه معتبر فهدر النصف وبقي النصف وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف هدر لجره الثاني على نفسه وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني لانه هو الذي جر الثالث على الاول وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه فالثلث هدر والثلث على الحافر والثلث على الثاني لانه مات بثلاث جنات أحدها هدر وهي جره الثاني على نفسه فبقيت جناية الحافر وجناية الثاني بجره الثالث على الاول فتعتبر (واما) موت الثاني فلا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه فان علم انه مات بستموطه في البئر خاصة فديته على الاول وليس على الحافر شي لان الاول هو الذي جره الى البئر فكان كالدافع وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فدمه هدر لانه مات بفعل

نفسه حيث جر الثالث على نفسه فهدر دمه وان علم انه مات بسقوطه في البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف هدر والنصف على الاول لانه مات بشيئين أحدهما فعل نفسه وهو جر الثالث على نفسه وجنابته على نفسه هدر والثاني فعل غيره وهو جر الاول وابتاعه في البئر وأما موت الثالث فله وجه واحد لا غير وهو سقوطه في البئر وديته على الثاني لانه هو الذي جر الى البئر وأوقعه فيه هذا كله اذا علم حال وقوعهم وأما اذا لم يعلم فلا يخلو اما ان وجد بعضهم على بعض واما ان وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وان كان بعضهم على بعض فالقياس هكذا أيضا وهو ان يكون دية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد رحمه الله وفي الاستحسان دية الاول أثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثاني وثلث هدر ودية الثاني نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها على الثاني ولم يذكر محمد رحمه الله في الاستحسان انه قول من وجه القياس انه وجد لموت كل واحد سبب ظاهر وهو الحفر للاول والجر من الاول للثاني والجر من الثاني للثالث وازداده الاحكام الى الاسباب الظاهرة أصل في الشريعة (وجه) الاستحسان انه اجتمع في الاول ثلاثة أسباب كل واحد منها صالح للموت ووقعه في البئر و وقوع الثاني و وقوع الثالث عليه الا ان وقوع الثاني عليه حصل بجره اياه على نفسه فهدر الثلث وبقى الثلثان ثلث على الحافر بجره وثلث على الثاني بجره الثالث على نفسه ووجد في الثاني شيئا من الحفر و وقوع الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل بجره فهدر نصف الدية وبقى النصف على الحافر ولم يوجد في الثالث الاسباب واحد وهو جر الثاني اياه الى البئر والاصل في الاسباب اعتبارها ما أمكن واعتبارها يقتضي ان يكون الحكم مآذ كرنا والله تعالى أعلم ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا في طريق فحفر فوقه فيها انسان فان كانت البئر في فناء المستأجر فالضمان عليه لا على الاجير لان له ولاية الانتفاع بفنائه اذا لم يتضمن الضرر بالمارة على أصلهما مطلقا وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله اذا لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الامر بالحفر اليه فاذا حفر في فناءه انتقل فعل المأمور اليه كانه حفر بنفسه فوقع فيه الانسان ولو كان كذلك وجب الضمان عليه كذا هذا وان لم يكن ذلك في فناءه فان أعلم المستأجر الاجير ان ذلك ليس من فناءه فالضمان على الاجير لا على الامر لان الاجير لم يحفر بأمره فبقى فعله مقصورا عليه كانه ابتداء الحفر من نفسه من غير أمر فوقع فيها انسان وان لم يعلمه فالضمان على الامر لانه غره بالامر بحفر البئر في الطريق مطلقا انما يأمر بما يملكه مطلقا عادة فيلزمه ضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة كانه ضمن له ما يلزمه من الحفر بمنزلة ضمان الدرك ولو أمر عبده ان يحفر بئرا في الطريق فحفر فوقه فيها انسان فان كان الحفر في فناءه فالضمان على عاقلة المولى لانه يملك الامر بالحفر في هذا المكان فينتقل فعله الى المولى كانه حفر بنفسه وان كان في غير فناءه فالضمان في رقبة العبد يخاطب المولى بالدفع أو القداء لان الامر بالحفر لا ينصرف الى غير فناءه فصار مبتدئا في الحفر بنفسه سواء أعلم العبد انه ليس من فناءه أو لم يعلمه بخلاف الاجير لان وجوب الضمان على الامر هناك بمعنى الغرور وعلى ما بيننا ولا يتحقق الغرور فيما بين العبد وبين مولاه فيستوى فيه العلم والجهل وان كان الحفر في الملك فان كان في ملك غيره بان حفر بئرا في دار انسان بغير اذنه فوقع فيها انسان يضمن الحافر لانه متعد في التسبب ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالحفر وأنكر أولياء الميت فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار والقول قول الورثة وفي الاستحسان يصدق والقول قول الحافر (وجه) القياس ان الحفر وقع موجبا للضمان ظاهر لأنه صادف ملك الغير وأنه مظهر فكان متعديا في الحفر من حيث الظاهر فصاحب الدار بالتصديق يريد ابراء الجاني عن الضمان فلا يصدق (وجه) الاستحسان ان قول صاحب الدار أمرته بذلك اقرار منه بما يملك انشاء الحال وهو الامر بالحفر فيصدق وان كان في ملك نفسه لا ضمان عليه لان الحفر مباح مطلق له فلم يكن متعديا في التسبب وان كان في فناءه يضمن لان الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق ولو استأجر رجلا بئرا فحفر من حفرهم مات أحد هم فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية وهدر

الربع لانه مات من أربع جنات إلا أن جناية المرء على نفسه هدر فبطل الربع وبقي جنات أصحابه عليه فتعتبر
ويجب عليهم ثلاث أربع الدية على كل واحد منهم الربع وقدر روى الشعبي عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قضى
على القارصة والقامصة والواقصة بالدية اثلاثا وهن ثلاث جوارى ركبت احداهن الاخرى فقرصت الثالثة
المركوبة فمحصت فسقطت الراكبة فقضى للتي وقصت بثلاث الدية على صاحبها وأسقط الثلث لان الواقصة أعانت
على نفسها وروى أن عشرة مدوا نخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى سيدنا على رضي الله عنه على كل واحد
منهم بعشر الدية وأسقط العشر لان المقتول أعان على نفسه ولو استأجر اجراء حرا أو عبداً محجورا ومكاتباً
يخفرون له بئراً فوقعت البئر عليهم من حفرهم فماتوا فلا ضمان على المستأجر في الحر ولا في المكاتب ويضمن قيمة العبد
المحجور لمولاه أما الحر والمكاتب فلانه لم يوجد فيهما من المستأجر سبب وجوب الضمان لان استئجارهما وقع
صححاً فكان استعمالهما في الحفر بناء على عقد صحيح فلا يكون سبباً لوجوب الضمان ووقوع البئر عليهما حصل
من غير صنعه فلا يجب الضمان عليه وأما العبد فلان استئجاره لم يصبح فصار المستأجر باستعماله في الحفر عاصياً
إياه فدخل في ضمانه فاذا هلك فقد تقرر الضمان فمليسه قيمته لمولاه ثم اذا دفع قيمته الى المولى فالمولى يدفع القيمة الى
ورثة الحر والمكاتب فيتضاربون فيها فيضرب ورثة الحر بثلاث دية الحر وورثة المكاتب بثلاث قيمة المكاتب
وانما كان كذلك لان موت كل واحد منهم حصل بثلاث جنات بجناية نفسه وجناية صاحبيه فصار قدر الثلث
من الحر والمكاتب تالفاً بجناية العبد وجناية القن توجب الدفع ولو كان قنالوجوب دفعه الى ورثة الحر والمكاتب
يتضاربون في رقبته على قدر حقوقهم فاذا هلك وجب دفع القيمة اليهم يتضاربون فيها أيضاً فيضرب ورثة الحر فيها
بثلاث دية الحر وورثة المكاتب بثلاث قيمة المكاتب لان الحر مضمون بالدية والمكاتب مضمون بالقيمة ثم يرجع
المولى على المستأجر بقيمة العبد مرة أخرى ويسلم له تلك القيمة لانه وان رد المصنوع الى المصنوع منه برده قيمته اليه
لكنه رده مشغولاً وقد كان غصبه فارغاً فلم يصح رده في حق الشغل فيضمن القيمة مرة أخرى وللمستأجر أن يرجع
على عاقلة الحر بثلاث قيمة العبد لان ملك العبد بالضمان من وقت الغصب فتبين أن الجناية حصلت من الحر على ثلث
عبد المستأجر فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلة ويأخذ ورثة المكاتب أيضاً من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب
لوجود الجناية من الحر على ثلث قيمته فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلة ثم يؤخذ من تركه المكاتب مقدار قيمته
فتكون بين ورثة الحر وبين المستأجر لوجود الجناية منه على الحر وعلى العبد يضرب ورثة الحر بثلاث دية الحر
ويضرب المستأجر بثلاث قيمة العبد لانه جنى على ثلث الحر وعلى ثلث العبد فأتلف من كل واحد منهما ثلثه والحر
مضمون بالدية والعبد بالقيمة وقدم ملك المستأجر العبد بالضمان فكان ضمان الواردة على ملكه والله سبحانه وتعالى
أعلم وقالوا فيمن حفر بئراً في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها انسان ومات انه ان كان الحفر باذن السلطان
لا يضمن وان كان بغير اذنه يضمن وكذلك اذا اتخذ قنطرة للعامة وروى عن أبي يوسف أنه لا يضمن
(ووجهه) ان ما كان من مصالح المسلمين كان الاذن به ثابتاً دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً (وجهه) ظاهر
الرواية ان ما يرجع الى مصالح عامة المسلمين كان حقاً لهم والتدبير في أمر العامة الى الامام فكان الحفر فيه بغير اذن
الامام كالحفر في دار انسان بغير اذن صاحب الدار هذا الذي ذكرنا حكم الحافر في الطريق وكذلك من كان في معنى
الحافر من يحدث شيئاً في الطريق كمن أخرج جناحاً الى طريق المسلمين أو نصب فيه ميزاباً فصدم انساناً فمات أو
بنى دكاناً أو وضع حجراً أو خشبة أو متاعاً أو قعد في الطريق ليستريح فعرش بشي من ذلك عاثر فوقع فمات أو وقع على غيره
فقتله أو حدث به أو بغيره من ذلك العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره أو صلب ماء في الطريق فزلق به انسان فهو
في ذلك كله ضامن وكذلك ما عطب بذلك من الدواب لانه سبب التلف باحداث هذه الاشياء وهو متعدي في
التسبب فما تولد منه يكون مضموناً عليه كالتولد من الرمي ثم ما كان من الجناية في بني آدم تتحملها العاقلة اذا بلغت

القدر الذي تتحمل العاقلة وهو نصف عشر دية الرجل وما لم يبلغ ذلك القدر أو كان منها في غير بني آدم يكون في ماله
 لأن تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس لعدم الجناية منهم وقد قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى
 عرفناه بنص خاص في بني آدم بهذا القدر في الأمر فيما دونه وفي غير بني آدم على الأصل ولا كفارة عليه ولا يحرم
 الميراث لو كان وارثا للمجنى عليه ولا الوصية لو كان أجنبيا لأنه لم يباشر القتل وقد قالوا فيمن وضع كناسة في
 الطريق فعطب بها إنسان أنه يضمن لأن التلف حصل بوضعه وهو في الوضع متعد وقال محمد إن وضع ذلك في
 طريق غير نافذة وهو من أهله لم يضمن لعدم التعدى منه إذا لطريق مشترك بين أهل السكة فيكون لكل واحد من
 أهلها الانتفاع به كالدار المشتركة ولو سقط الميزاب الذي نصبه صاحب الدار إلى طريق المسلمين على إنسان فقتله
 إن أصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن لأنه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه فلم يكن متعديا فيه وإن أصابه
 الطرف الخارج إلى الطريق يضمن لأنه متعد في إخراجه إلى الطريق وإن أصابه الطرفان جميعا يضمن النصف
 لأنه متعد في النصف لا غير وإن كان لا يدري فالقياس أن لا يضمن شيئا لأنه إن كان أصابه الطرف الداخل
 لا يضمن وإن كان أصابه الطرف الخارج يضمن والضمان لم يكن واجبا فوق الشك في وجوبه فلا يجب بالشك
 وفي الاستحسان يضمن النصف لأنه إذا لم يعرف الطرف الذي أصابه أنه الداخل أو الخارج يجعل كأنه أصابه
 الطرفان جميعا كما في العرق والحرق أنه إذا لم يعرف التقدم والتأخر في موتهم يجعل كأنهم ماتوا جملة واحدة في أو أن
 واحد حتى لا يرث البعض من البعض كذا هذا ولو أحدث شيئا مما ذكرنا في المسجد بأن حفر بئرا في المسجد لأجل
 الماء أو بني فيه بناء دكانا أو غيره فعطب به إنسان فإن كان الحافر والباني من أهل المسجد فلا ضمان عليه وإن كان
 من غير أهله فإن فعل باذن أهل المسجد فكذلك وإن فعل بغير إذنهم يضمن بالاجماع لأن تدبير مصالح المسجد إلى
 أهل المسجد فافعله لا يكون مضمونا عليهم كالأب أو الوصي إذا فعل شيئا من ذلك في دار اليتيم ومتولى الوقف
 إذا فعل في الوقف وأما غير أهل المسجد فليس له ولاية التصرف في المسجد بغير إذن أهل المسجد فإذا فعل بغير إذنهم
 كان متعديا في فعله فكان مضمونا عليه ولو علق قنديلا أو بسط حصيرا أو ألقي فيه الحصى فإن كان من أهل المسجد
 فلا ضمان عليه وإن لم يكن من أهل ذلك المسجد فإن فعله باذن أهل المسجد فكذلك وإن فعل بغير إذنهم يضمن في
 قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يضمن (وجه) قولهما أن المسجد لعامة المسلمين فكان كل واحد من
 آحاد المسلمين بسبيل من إقامة مصالحه ولأن هذه المصالح من عمارة المسجد وقد قال الله تبارك وتعالى إنما يغفر
 مساجد الله من آمن بالله من غير تخصيص إلا أن لا هل المسجد ضرب اختصاص به فيظهر ذلك في التصرف في نفسه
 بالحفر والبناء لا في القنديل والحصير كالمالك مع المستعير أن المستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل في دار
 الإعارة وليس له ولاية الحفر والبناء كذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن التدبير في مصالح المسجد إلى أهل
 المسجد لا إلى غيرهم بدليل أن لهم ولا يمتنع غيرهم عن التعليق والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعديا في فعله
 فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما لو وضع شيئا في دار غيره بغير إذنه فعطب به إنسان ولهذا ضمن بالحفر والبناء
 كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين لا يمنع اختصاص أهله بالتدبير والنظر في مصالحه كالكعبة فإنها
 لجميع المسلمين ثم اختص بنوشية بمفاتيحها حتى روى أنه عليه الصلاة والسلام لما أخذ مفتاح الكعبة منهم ودفعه
 إلى عمه العباس رضي الله عنه عند طلبه ذلك أمره الله تبارك وتعالى برده إلى بني شيبه بقوله تبارك وتعالى
 إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ولو جلس في المسجد فعطب به إنسان إن كان في الصلاة لا يضمن
 الجالس سواء كان الجالس من أهل المسجد أو لم يكن من أهله لأن المسجد بني للصلاة فلو أخذ المصلي بالضمان لصار
 الناس ممنوعين عن الصلاة في المساجد وهذا لا يجوز وإن جلس لحديث أو نوم فعطب به إنسان يضمن في قول أبي
 حنيفة رحمه الله تعالى وفي قولهما لا يضمن وجه قولهما أن الجلوس في المسجد لغير الصلاة من الحديث والنوم مباح فلم

يكن الهلاك حاصل بسبب هو متعدي فيه فلا يجب الضمان كما لو جلس في داره فعبر عليه انسان فعطب به انه لا يضمن كذا هذا ولا في حنيفة رضي الله عنه ان المسجد بني للصلاة لا للحديث والنوم فاذا شغله بذلك صار متعديا فيضمن كما لو جلس في الطريق للاستراحة فعطب به انسان أنه يضمن لان الطريق جعل للاجتناب لا للجلوس واذا جلس فقد صار متعديا فيضمن كذا هذا وقولهما الحديث والنوم مباح في المسجد مسلم لكن بشرط سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان تعديا ولو جلس لانتظار الصلاة أو لقراءة قرآن أو لعبادة من العبادات غير الصلاة فلا شك أن على أصلهما لا يضمن لانه لو جلس لغير قرينة لا يضمن فاذا جلس لقربة فهو أولى وأما على أصل أي حنيفة رضي الله عنه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يضمن لان المنتظر للصلاة في الصلاة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لانه ليس في الصلاة حقيقة وإنما الحق بالمصلي في حق الثواب لا غير والله تعالى أعلم ومن هذا الجنس جنابة السائق والقائد بان ساق دابة في طريق المسلمين أو قاده فوطئت انسا نأبيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن لما ذكرنا من الاصل ان السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة فاذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعديا فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضمونا وهذا مما يمكن الاحتراز عنه بان يدور الناس عن الطريق فيكون مضمونا وسواء كان السائق أو القائد راجلا أو راكبا إلا أنه اذا كان راكبا فعليه الكفارة اذا وطئ دابته انسا نأبيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية وان كان راجلا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لان هذه الاحكام تتعلق بثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الركب لا من غيره وان كان أحدهما سائقا والآخر قائدا فالضمان عليهما إلا أنهم ما اشترك في التسبيب فيشتركان في الضمان وكذلك اذا كان أحدهما سائقا والآخر راكبا أو كان أحدهما قائدا والآخر راكبا فالضمان عليهما لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما إلا أن الكفارة تجب على الركب وحده فوطئت دابته انسا نأفقتله لوجود القتل منه وحده مباشرة فان قاد قطار فأصاب الاول أو الآخر أو الاوسط انسا نأبيد أو رجل أو صدم انسا نأفقتله فهو ضامن لذلك لانه فعل فعلا هو سبب حصول التلف فيضمن وهو مما يمكن الاحتراز عنه كما اذا وضع حجرا في الطريق أو حفر فيه بئرا فان كان معه سائق في آخر القطار فالضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب التلف وان كان السائق في وسط القطار فأصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه شيئا فهو عليهما لان ما بين يديه هو له سائق والاول له قائد وما خلفه هما له قائدان (أما) قائد القطار فلا شك فيه لان بعضه مربوط ببعض (وأما) السائق الذي في وسط القطار فلانه بسوقه ما بين يديه قائد لما خلفه لان ما خلفه ينقاد بسوقه فكان قائد الله والقود والسوق كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان لما بيننا وان كان أحيا نأيتأخر وأحيا نأيتقدم وهو يسوقها في ذلك فهو والاول سواء لانه سائق وقائد والسوق والقود كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وان كانوا ثلاثة أحدهم في مقدمة القطار والآخر في مؤخر القطار وآخر في وسطه فان كان الذي في الوسط والمؤخر لا يسوقان ولكن المقدم يقودهما فأصاب الذي قدام الوسط شيئا فذلك كله على القائد لان التلف حصل بسبب القود وما أصاب الذي خلفه فذلك على القائد الاول وعلى الذي في الوسط لانهم قائدان لما بيننا وعلى المؤخر أيضا ان كان يسوق هو وان كان لا يسوق لا شيء عليه لانه لم يوجد منه صنع وان كانوا جميعا يسوقون فما تلف بذلك فضاوته عليهم جميعا لوجود التسبيب منهم جميعا وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات لو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه فيزجره لا بل فيزجره بسوقه وعلى الابل قوم في الحامل نيام فوطئ بعير منها انسا نأفقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكب على البعير الذي وطئ وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذي وطئ على عواقلهم جميعا على عدد الرؤس والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة أما السائق والقائد فلانهم مقربان القطار الى الجنابة فكانا مسببين للتلف (وأما) الراكب للبعير الذي وطئ فلا شك فيه لأن التلف حصل بفعله

(وأما) الراكبون امام البعير الذي وطئ فلانهم قادة لجميع ما خلفهم فكانوا قائدين للبعير الواطئ ضرورة فكانوا مسببين للتلف أيضا فاشتركو في سبب وجوب الضمان فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على ركب البعير الذي وطئ خاصة لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وثقل الدابة الا أن الدابة آلة له فكان الاثر الحاصل بفعله مضاعفا اليه فكان قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطئ لا يزجر الا بل ولا يسوقه اركبا على بعير منها أو غير ركب فلا ضمان على أحدهم منهم لانه لم يوجد منهم سبب وجوب الضمان اذ لم يسوقوا البعير الذي وطئ ولم يقودوه فصاروا كمتاع على الابل ولو قاد قطارا وعلى بعير في وسط القطار ركب لا يسوق منه شيئا ف ضمان ما كان بين يديه على القائد خاصة وضمان ما خلفه عليهما جميعا لان الراكب غير سائق لما بين يديه لان ركوبه لهذا البعير لا يكون سوقا لما بين يديه كما أن مشيه الى جانب البعير لا يكون سوقا لايه اذ لم يسقه ولكنه سائق لما ركبه لان البعير انما يسير بركوب الراكب وحته واذا كان سائقا له كان قائدا لما خلفه فكان ضمانه عليهما واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل وربط اليه بعير فوطئ البعير انسا فالتقاء لا يخلو اما ان كان لا يعلم بربطه واما ان علم ذلك فان لم يعلم فالدية على القائد تتحمل عنه عاقبته ثم عاقبته يرجعون على عاقلة الرابط (أما) وجوب الدية على القائد فلانه قاتل تسببا وضمان القتل ضمان اتلاف وانه لا يختلف بالعلم والجهل (وأما) رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط فلان الرابط متعدي في الربط وهو السبب في لزوم الضمان للقائد فكان الرجوع عليه وكذلك لو كانت الابل وقوفالا تقاد فجاء رجل وربط اليها بعيرا والقائد لا يعلم فقاد البعير معها فوطئ البعير انسا فقتله الدية على القائد يتحمل عنه عاقبته الا أن ههنا لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لان الرابط وان تعدى في الربط وانه سبب لوجوب الضمان لكن القائد لما قاد البعير عن ذلك المكان فقد زال تعديده فزول الضمان عنه ويتعلق بالقائد كمن وضع حجرا في الطريق فجاء انسان فدخرجه عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثاني لا على الاول لما قلنا كذا هذا بخلاف المسألة الاولى لان هناك وجد الرابط والابل سائرة فلم يستقر مكان التعدي ليزول بالتقال عنه فبقى التعدي ببقاء الرابط وان كان القائد علم باز بط في المسألتين جميعا فقاده على ذلك فوطئ البعير انسا فقتله فالدية على القائد تتحمل عنه عاقبته ولا ترجع عاقبته على عاقلة الرابط لانه لما قادم مع علمه بالربط فقد رضى بما يلحقه من العهدة في ذلك فصار علمه بالربط بمنزلة أمره بالربط ولوربط بامر كان الامر على ما وصفنا كذا هذا ولو سقط سرج دابة فعطب به انسان فالدية على السائق أو القائد لان السقوط لا يكون الا بتقصير منه في شدة الحزام فكان مسببا للقتل متعديا في التسبب والله سبحانه وتعالى أعلم ومن هذا النوع جناية الناحس والضارب وجملة الكلام فيه ان الدابة المنخوسة أو المضروبة (أما) أن يكون عليها ركب (وأما) أن لا يكون عليها ركب فان كان عليها ركب فالراكب لا يخلو اما ان كان سائرا واما ان كان واقفا والسير والوقوف اما ان يكون في موضع أذن له بذلك (وأما) أن يكون في موضع لم يؤذن له به والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره فان فعل ذلك بغير أمر الراكب فنفتحت الدابة برجلها أو ذنبها أو تقرت فصدمت انسا فقتلته فان فعلت شيئا من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناحس والضارب يتحمل عنهما عاقبتهما لا على الراكب سواء كان الراكب واقفا أو سائرا أو سواء كان في سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسير فيه والوقوف أو فيما لم يؤذن بان كان يسير في ملكه أو في طريق المسلمين أو في ملك الغير أو كان يقف في ملكه أو في سوق الخيل ونحوه أو في طريق المسلمين وانما كان كذلك لان الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعدي في السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره والراكب الواقف على طريق العامة وان كان متعديا أيضا لكنه ليس بمتعدي في التعدي والناخس متعدي في التعدي وكذا الضارب فاشبهه الدافع مع الحافر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ضمن الناحس دون الراكب وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهما مع حضرة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يعرف

الا نكار من أحد فيكون اجماعاً من الصحابة وانما شرط القور لوجوب الضمان على الناحس والضارب لان الهلاك عند سكون القور يكون مضافاً الى الدابة لا الى الناحس والضارب ولو نحسها أو ضرب بها وهو سائر عليها فوطئت انسا نأقتلته لم يذكروا في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن الضمان عليهما لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناحس وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فقد اشتركا في سبب وجوب الضمان وكذلك اذا كان واقفاً عليهما لما قلنا ونجى الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة كما قلنا في الراكب مع السائق أو القائد ولو نحسها أو ضرب بها فوطئت والقت الراكب فالناحس أو الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هو متعدي فيه وهو الناحس والضرب فيضمن ما تولد منه فان لم تلقه ولكنها جحت به فمأصابت في فورها ذلك فعلى الناحس أو الضارب لما ذكرنا أن فعل كل واحد منهما وقع سبباً للهلاك وهو متعدي في التسبب فان فتحت الدابة الناحس أو الضارب فقتلته فدمه هدر لانه هلك من جناية نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر هذا اذا نحس أو ضرب بغير أمر الراكب فاما اذا فعل ذلك بأمر الراكب فان كان الراكب سائراً فمأذن له بالسير فيه بان كان يسير في ملك نفسه أو في طريق المسلمين أو واقفاً فمأذن له بالوقوف بان وقف في ملك نفسه أو في سوق الخيل وغيره من المواضع التي أذن بالوقوف فيها فتفتحت الدابة برجلها انسا نأقتلته فلا ضمان على الناحس ولا على الضارب ولا على الراكب لانه أمره بما يملكه بنفسه فصيح أمره به فصار كأنه نحس أو ضرب بنفسه فتفتحت وقد ذكرنا ان النفحة في حال السير والوقوف في موضع اذن بالسير أو بالوقوف فيه غير مضمون على أحد لا على الراكب ولا على السائق ولا على القائد وان كان الراكب سائراً فمأذن له بالسير بان كان يسير في ملك الغير أو كان واقفاً لم يؤذن له بالوقوف فيه كما اذا كان واقفاً في ملك غيره أو في طريق المسلمين فتفتحت فالدية عليهما نصفان نصف على الناحس أو الضارب ونصف على الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان الضمان على الراكب ووجهه ان الناحس أو الضارب نحس أو ضرب بها باذن الراكب وهو راكب وهو بملك ذلك بنفسه فانتقل فعلة اليه فكان فعلة بنفسه فكان الضمان عليه وجه ظاهر الرواية ان الناحس أو الضارب مع الراكب اشتركا في سبب وجوب الضمان أما الناحس أو الضارب فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل واحد منهما على سبيل التعدي (وأما) الراكب فلانه صار بالامر بالنحس أو الضرب ناخساً أو ضاراً بالنفحة المتولدة من نحسه وضربه في هذه المواضع مضمونة عليه الا أنه لا كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبب لا بالمباشرة هذا اذا فتحت فاما اذا صدمت فان كان الراكب سائراً أو واقفاً في ملك نفسه فلا ضمان على الناحس والضارب ولا على الراكب لان فعل الناحس والضرب مضاف الى الراكب لحصوله بامرهم والصدمة في الملك غير مضمونة على الراكب سواء كان سائراً أو واقفاً وان كان سيره أو وقوفه في طريق المسلمين أو في ملك الغير فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة اذا كان الراكب واقفاً في موضع لم يؤذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة على الراكب اذا كان في طريق المسلمين واقفاً كان أو سائراً وكذا في ملك الغير فيتأتى فيه الخلاف الذي ذكرنا في النفحة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا فتحت أو صدمت فاما اذا ووطئت انسا نأقتلته فالضمان عليهما سواء كان الراكب سائراً أو واقفاً في أي موضع كان فيما اذن فيه أو لم يؤذن لانهما اشتركا في سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة وفعل الناحس ونجى الكفارة على الراكب لانه قاتل مباشرة فصار الراكب مع الناحس كالراكب مع السائق والقائد ان الدية عليهما نصفان والكفارة على الراكب خاصة كذا ههنا هذا الذي ذكرنا اذا كان على الدابة المنخوسة أو المضروبة راكب فاما اذا لم يمكن عليهما راكب فان لم يمكن لأسائق ولا قائد فنحسهما انساناً أو ضربهما فمأصابت شيئاً على فور النخسة والضربة فضمنانه على الناحس والضارب في أي موضع كانت الدابة لانه سبب الاتفاق بالنحس والضرب وهو متعدي في التسبب فمأ تولد منه يكون مضموناً عليه وان كان عليهما سائق أو قائد فنحس أو ضرب

بغير أمره فنفتحت أو نقرت فصدمت أو وطئت انساناً فقتلته فالضمان على الناحس أو الضارب لا على السائق والقائد في أي موضع كان الناحس والقائد لان الناحس مع السائق والقائد كالدافع مع الحافر لانه بالناحس أو الضرب كانه دفع الدابة على غيره وكذلك اذا كان لها سائق وقائد يقود أحدهما ويسوق الآخر فنخس أو ضرب بغير إذن واحد منهما فالضمان على الناحس والضارب لا عليهما في أي موضع كان الناحس والقائد لما ذكرنا أن الناحس متعمد كالدافع للدابة وكذا الضارب ولا تعمد من السائق والقائد وان كان كل واحد منهما أمره بذلك فنفتحت فان كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق والقود فيه فلا ضمان على الناحس والضارب وان فعل ذلك بأمر السائق أو القائد فان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بالسوق والقود فيه بان كان في ملكه أو في طريق المسلمين لا ضمان على أحد لان فعله يضاف اليه كالسائق أو القائد وان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بذلك بان كان في ملك الغير فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناحس والضارب وعلى السائق أو القائد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ما ذكره ابن رستم عن أبي يوسف الضمان على السائق أو القائد خاصة وان صدمت ففتلت انساناً فان كان السائق يسوق في ملك نفسه فلا ضمان على أحد لان فعل الناحس أو الضارب بأمر السائق أو القائد مضاف اليه والصدمة في الملك غير مضمونة على السائق والقائد والراكب وان كان يسوق أو يقود في طريق المسلمين أو في ملك الغير فهو على الاختلاف وان وطئت انساناً فقتلته فهو على الاختلاف أيضاً سواء كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق أو القود فيه أو لم يكن لان الوطأة مضمونة على كل حال والله تعالى أعلم وان وطئت نجس القيمة بخلاف لكن في قياس ظاهر الرواية على الناحس والضارب وعلى السائق والقائد نصفان وعلى قياس رواية ابن سبابة عن أبي يوسف على السائق والقائد خاصة والله تعالى أعلم بالصواب ومن هذا القبيل جناية الحائط المائل اذا سقط على رجل فقتله أو على متاع فافسده أو على دار فهدمها أو على حيوان فعض به وجملة الكلام فيه أن الحائط لا يخلو اما ان بني مستويا مستقيماً مال (واما) ان بني مائلاً من الاصل فان بني مستقيماً ثم مال فيلانه لا يخلو اما أن يكون الى الطريق (واما) ان يكون الى ملك انسان فان كان الى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذاً وهو طريق العامة أو غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة فان كان نافذاً فسقط فعطب به شيء مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط اذا وجد شرائط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ماهية الضمان الواجب وكيفيته (اما) الاول فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبب الى الاتلاف بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض لانه اذا مال الى طريق العامة فقد حصل الهواء في يد صاحب الحائط من غير فعله وهو الطريق حق العامة كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه فاذا طولب بالنقض فقد لزمه ازالة يده عنه بهدم الحائط فاذا لم يفعل مع الامكان فقد صار متعدياً باستبقاء يده عليه كثوب هبت به الريح فالقته في دار انسان فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك يضمن لما قلنا كذا هذا وقد روى عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشرح وابراهيم وغيرهم رحمهم الله انهم قالوا اذا تقدم اليه في الحائط فلم يهدمه وجب عليه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل وأما شرائط الوجوب فمنها المطالبة بالنقض حتى لو سقط قبل المطالبة فعطب به شيء لا ضمان على صاحب الحائط لان الضمان يجب بترك النقض المستحق لان به يصير متعدياً بالتسبب الى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة وصورة المطالبة هي ان يتقدم اليه واحد من عرض الناس فيقول له ان حائطك هذا مائل أو مخوف فارفعه فاذا قال ذلك لزمه رفعه لان هذا حق العامة فاذا قام به البعض صار خصماً عن الباقيين سواء كان الذي تقدم اليه مسلماً أو ذمياً حراً أو عبداً بعد ان كان أذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا أو صبياً بعد أن كان عاقلاً وقد أذن له وليه بالخصومة فيه لان الطريق حق جميع أهل الدار فكان لكل واحد من أهل الدار حق المطالبة بازالة سبب الضرر عنه الا أنه لا بد من عقل الطالب وكونه مأذوناً بالتصرف لان كلام المجنون والمجنون عليه غير معتبر في الشرع فكان

ملحقاً بالعدم وينبغي أن يشهد على الطلب وتفسير الاشهاد ما ذكره محمد رحمه الله وهو أن يقول الرجل اشهدوا اني قد
تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار لجواز ان ينكر صاحب الحائط
المطالبة بالنقض فتقع الحاجة الى الاشهاد لاثبات الطلب عند القاضي لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون
الاشهاد حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وكذا اذا أنكر يجب عليه
الضمان فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ونظيره ما قلنا في الشفعة أن الشرط فيها الطلب لا الاشهاد وانما الاشهاد
لحاجة الى اثبات الطلب على تقدير الانكار حتى لو أقر المشتري بالطلب ثبتت حقي الشفعة وان لم يشهد على الطلب
وكذا لو جحد الطلب ثبت الحق له فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وكذا الاشهاد في باب اللقطة على أصل أبي
حنيفة رحمه الله من هذا القبيل وقد ذكرنا ذلك في كتاب اللقطة ولو طوب صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى
سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعطب به فان كان قد طوب بدفع النقض يضمن لانه اذا طوب بالرفع لزمه الرفع
فاذا لم يرفع صار متعددا فيضمن ما تولد منه وان كان لم يطالب برفعه لا ضمان عليه عند أبي يوسف وعند محمد يضمن
وجه قوله انه لما طوب بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعددا بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد فيه
فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان وجه قول أبي يوسف ان الحائط قد زال عن
الموضع الذي طوب فيه لا تنتقله عن محل الجناية وهو الهواء الى محل آخر بغير صنع صاحبه فلا بد من مطالبة أخرى
كمن وضع حجر في الطريق فدحر جتته الرياح الى موضع آخر فعطب به انسان انه لا ضمان على الواضع كذا ههنا
بخلاف ما اذا سقط على انسان لانه لما زال عن محل المطالبة وهو الهواء الذي هو محل الجناية فلا يحتاج الى مطالبة
أخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصوصية الى واحد من أهل تلك السكة لان الطريق حقهم فكان لكل واحد
منهم ولاية التقدم الى صاحب الحائط وان كان ميلان الحائط الى ملك رجل فالمطالبة بالنقض والاشهاد الى صاحب
الملك لان هو املكه حقه وقد شغل الحائط حق صاحب الملك فكانت المطالبة بالتفرغ اليه فان كان في الدار ساكن
كالمتأجر والمستعير فالمطالبة والاشهاد الى الساكن فيشترط طلب الساكن أو المالك لان الساكن له حق المطالبة
بازالة ما يشغل الدار فكان له ولاية المطالبة بازالة ما يشغل الهواء أيضاً ولو طوب صاحب الحائط بالنقض فاستأجل
الذي طالبه أو استأجل القاضي فأجله فان كان ميلان الحائط الى الطريق فالتأجيل باطل وان كان ميلانه الى دار
رجل فأجله صاحب الدار أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط والله
سبحانه وتعالى أعلم ووجه الفرق بينهما أن الحق في الطريق للجماعة المسلمين فاذا طالب واحد منهم بالنقض فقد
تعلق الضمان بالحائط لحق الجماعة فكان التأجيل والابراء اسقاطا لحق الجماعة فلا يملك ذلك بخلاف ما اذا كان
الميلان الى دار انسان لان هناك الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التأجيل والابراء منه اسقاطا
لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل في دار غيره حجرا او حفر فيها بئرا أو بنى فيها بناء وأبرأه صاحب الدار منه كان
برئاً ولا يلزمه ما عطب بشيء من ذلك سواء عطب به صاحب الدار أو داخل دخل لان الحق له في ملك اسقاطه كانه
فعل ذلك باذنه (ومنها) أن يكون المطالب بالنقض ممن يلي النقض لان المطالبة بالنقض ممن لا يلي النقض سفيه
فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمتأجر والمرتهن لانه ليس لهم ولاية
النقض فتصح مطالبة الراهن لان له ولاية النقض لقيام الملك فينقض ويقضى الدين فيصير متعددا بترك النقض
وتصح مطالبة الاب والوصي في هدم حائط الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقضا حتى سقط يجب الضمان
على الصبي لان التلف بترك النقض المستحق على الولى والوصي مضاف الى الصبي لقيامهما مقام الصبي والصبي
مؤاخذ بفعاله فيضمن وتحمل عنه عاقلته فيما تتحمل العاقلة ويكون في ماله فيما لا تتحملة العاقلة كالبالغ سواء وعلى
هذا يخرج ما اذا كان الحائط المائل للجماعة فطوب بعضهم بالنقض فلم ينقض حتى سقط فعطب به شيء ان القياس

أن لا يضمن أحد منهم شيئاً وفي الاستحسان يضمن الذي طوّل وجه القياس أنه لم يوجد من أحد منهم ترك النقص المستحق (أما) الذين لم يطالبوا بالنقص فظاهر (وأما) الذي طوّل به فلان أحد الشركاء لا يلي النقص بدون الباقي وجه الاستحسان أن المطالب بالنقص ترك النقص مع القدرة عليه لأنه يمكنه أن يخاصم الشركاء ويطالبهم بالنقص إن كانوا حضروا وإن كانوا غيباً يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره القاضي بالنقص لأن فيه حقاً للجماعة المسلمين والامام يتولى ذلك لهم فيأمر الحاضر بنقص نصيبه ونصيب الغائبين فإذا لم يفعل فقد صار متعدياً بترك النقص المستحق فيضمن ما تولد منه لكن بقدر حصته من الحائط في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما عليه ضمان النصف وجه قولهما أن أنصبا الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله إن على الجارح النصف لأن عقر السبع ونهش الحية لم يجب بهما ضمان فكانا كالشيء الواحد كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن التلف حصل بنقل الحائط وليس ذلك معنى مختلفاً في نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله تعالى أعلم ومنها قيام ولاية النقص وقت السقوط ولا يكتفى بثبوتها وقت المطالبة لأنه إنما يصير متعدياً بترك النقص عند السقوط كأنه أسقطه فإذا لم يبق له ولاية النقص عند السقوط لم يصير متعدياً بترك النقص فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا يخرج ما إذا طوّل بالنقص فلم ينقص حتى باع الدار التي فيها الحائط من إنسان وقبضه المشتري أو لم يقبضه ثم سقط على شيء فعطب به أنه لا ضمان على البائع لا نعدام ولاية النقص وقت السقوط بخروج الحائط عن ملكه ولا على المشتري أيضاً لا نعدام المطالبة في حقه فرق بين هذا وبين ما إذا شرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم وقع على إنسان أنه يضمن البائع ووجه الفرق أن وجوب الضمان هناك على البائع قبيل البيع لكونه متعدياً بأشراع الجناح والأشراع على حاله لم يتغير فلا يتغير ما تعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعدياً بترك النقص المستحق وذلك عند سقوط الحائط وقد بطل الاستحقاق بالبيع فلم يوجد التعدى عند السقوط بترك النقص فلا يجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا طوّل الاب بنقص حائط الصغير فلم ينقص حتى مات الاب أو بلغ الصبي ثم سقط الحائط أنه لا ضمان فيه لأن قيام الولاية وقت السقوط شرط وقد بطلت بالموت والبلوغ والله تعالى أعلم (ومنها) إمكان النقص بعد المطالبة وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقص في مدة يمكنه نقضه فيها لأن الضمان يجب بترك النقص الواجب ولا وجوب بدون الإمكان حتى لو طوّل بالنقص فلم يفرط في نقضه ولكنه ذهب يطلب من ينقضه فسقط الحائط فتلف به شيء لا ضمان عليه لأنه إذا لم يمكن من النقص لم يكن بترك النقص متعدياً بقى حق الغير حاصل في يده بغير صنعه فلا يكون مضموناً عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية وكيفيته فالواجب بهذه الجناية ما هو الواجب بجنسها من جنابة الخافر ومن في معناه وجناية السائق والقائد والناخس وهو ما ذكرنا أن الجناية أن كانت على نبي آدم وكانت نفساً فالواجب بها الدية وإن كانت مادون النفس فالواجب بها الارش فإذا بلغ الواجب بها نصف عشر دية الذكر وهو عشر دية الأنثى فما فوقه تتحمله العاقلة ولا تتحمل مادون ذلك ولا ما يجب بالجناية على غير نبي آدم بل يكون في ماله لما ينفياً تقدم ألا أن ظهور الملك لصاحب الحائط في الدار عند الإنكار بحجة مطلقة وهي البيئة شرط تحمل العاقلة حتى لو أنكرت العاقلة كون الدار ملكاً لصاحب الحائط لا عقل عليهم حتى يقيم صاحب الدار البيئة على الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا تضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقديم إليه من سقوط الحائط وعلى أن الدار له يريده عند الإنكار أما الشهادة على الملك فلان الملك وإن كان نائباً له بظاهر البدل لكن الظاهر لا يستحق به حق على غيره أذهو حجة للدفع لا حجة الاستحقاق لحياة المفقود وغير ذلك فلا بد من الإثبات بالبيئة وعند زفر رحمه الله تتحمل العاقلة بظاهر اليد وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الشفعة (وأما) الشهادة على المطالبة

لان المطالبة شرط وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من اثباتها بالبينه عند الانكار (وأما) الشهادة على الموت من سقوط الحائط فلان به يظهر سبب وجوب الضمان وهو التعدى لانه ما لم يعلم انه مات من السقوط لا يعلم كون صاحب الحائط متعديا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ في القسامة هذا الذي ذكرنا حكم قتل نفس علم قاتلها فاما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة والدية عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وعند مالك رحمه الله وجوب القسامة والتقصاص والكلام في القسامة يقع في مواضع في تفسير القسامة وبيان محلها وفي بيان شرائط وجوب القسامة والدية وفي بيان سبب وجوب القسامة والدية وفي بيان من يدخل في القسامة والدية وفي بيان ما يكون ابراء عن القسامة والدية أما تفسير القسامة وبيان محلها فالقسامة في اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال يقال فلان قسم أى حسن جميل وفي صفات النبي عليه الصلاة والسلام قسم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الا ان في عرف الشرع تستعمل في اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو أن يقول خمسون من أهل الحلة اذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فاذا حلفوا بغير مومن الدية وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال مالك رحمه الله ان كان هناك لوث يستحلف الا ولياء خمسين يمينا فاذا حلفوا يقتض من المدعى عليه وتفسير اللوث عنده أن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه أو يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعي رحمه الله ان كان هناك لوث أى عداوة ظاهرة وكان بين دخوله الحلة وبين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولى عين القتلى فان عين القتلى يقال للولى احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان في قول يقتل القتلى الذى عينه كما قال مالك رحمه الله وفي قول بغيره الدية فان عدم أحد هذين الشرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل الحلة فاذا حلفوا لا شئ عليهم كما في سائر الدعاوى احتج بالوجوب القسامة على المدعى بحديث سهل بن أبى خيثمة أنه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب خيبر فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة ومحبيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبي عليه الصلاة والسلام فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه اما حويصة واما محبيصة الكبر منهما فقال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب من قليب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه الصلاة والسلام يحلف لكم اليهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون فقال عليه الصلاة والسلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه عليه الصلاة من عنده ووجه الاستدلال بالحديث انه عليه الصلاة والسلام عرض الايمان على أولياء القتل فدل أن اليمين على المدعى (ولنا) ما روى عن زيد بن أبى مريم انه قال جاء رجل الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله انى وجدت أخى قتيلا في بنى فلان فقال عليه الصلاة والسلام اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يا رسول الله ليس لي من أخى الا هذا فقال بل لك مائة من الابل فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل الحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال وجد قتيل بخيبر فقال عليه الصلاة والسلام اخرجوا من هذا الدم قتالت اليهود قد كان وجد في بنى اسرائيل على عهد سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام فتضى في ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم النبي عليه الصلاة والسلام تحلفون خمسين يمينا ثم بغير مومن الدية فقالوا قضيت بالناموس أى بالوحى وهذا نص في الباب وبه يبطل قول مالك رحمه الله بإيجاب التقصاص به لان النبي عليه الصلاة والسلام غرمهم الدية لا التقصاص ولو كان الواجب هو التقصاص لغرمهم التقصاص لا الدية وروى أن سيدنا عمر رضى الله عنه حكم في قتيل وجد بين قريتين فطرحه على أقربهم وألزم أهل القرية القسامة والدية وكذا روى عن سيدنا علي رضى الله عنه ولم ينقل الا نكار عايبهما من أحد من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا (وأما) حديث سهل بن أبى خيثمة ما يدل على عدم الثبوت ولهذا ظهر النكير فيه من السلف فان فيه أنه

عليه الصلاة والسلام دعاهم الى ايمان اليهود فقالوا كيف نرضى بايمانهم وهم مشركون وهذا يجري مجرى الرد لما دعاهم اليه مع ما أن رضا المدعى لا مدخل له في عین المدعى عليه وفيه أيضا أنه لما قال لهم يحلف منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نحلف على ما لم نشهد وهذا أيضا يجري مجرى الرد لنفوله عليه الصلاة والسلام ثم انهم أنكروا ذلك لعدم علمهم بالخلاف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك فكيف استخار عرض اليمين عليهم ولئن ثبت فهو مؤول وتأويله أنهم لما قالوا لا نرضى بايمان اليهود فقال لهم عليه الصلاة والسلام يحلف منكم خمسون على الاستفهام أى يحلف اذا الاستفهام قد يكون بحذف حرف الاستفهام كما قال الله تعالى جل شأنه تريدون عرض الدنيا أى تريدون كما روى في بعض ألفاظ حديث سهل أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الرد والآنكار عليهم كما قال الله تبارك وتعالى أحكم الجاهلية يغنون حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل والحديث المشهور دليل على ما قلنا وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغي أن لا يكون شئ من الايمان على المدعى فان قيل روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا في القسامة استثنى القسامة فينبغي أن لا تكون اليمين على المدعى عليه في القسامة لان حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فالجواب أن الاستثناء لو ثبت فله تأويلان أحدهما اليمين على المدعى عليه بعينه الا في القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه والثاني اليمين كل الواجب على المدعى عليه الا في القسامة فانه يجب معها الدية والله سبحانه وتعالى أعلم وانما جمعنا في القسامة بين اليمين البتات والعلم الى آخره لان احدى اليمين كانت على فعلهم فكانت على البتات والاخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم والله تعالى عز وجل أعلم فان قيل أى فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا التآمل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يستقطن به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال عليه الصلاة والسلام لا شهادة للمتهم وقال عليه الصلاة والسلام لا شهادة لحار المغرم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما رويها من الاخبار فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجوب أحدهما أن من الجائز ان يكون القاتل عبدا لواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائزا أن يقر على عبده غيره ويصدق مولا فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقى هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الخالفين عبدا كالميل في الطواف لانه عليه الصلاة والسلام كان يرمي في الطواف اظهارا للجلادة والقوة مراً آة للكفرة بقوله عليه الصلاة والسلام رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم ثم بقى الرمي سنة في الطواف حتى روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرمي في الطواف ويقول مأهز كتنى ولم أحدارأيته لكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هذا والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمرصيا أو مجنونا أو عبدا محجورا عليه بالقتل ولو أقر به يلزمه في ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا والله تعالى أعلم

فصل وأما شرائط وجوب القسامة والدية فأشياء منها أن يكون الموجد قتيلا وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق فان لم يكن شئ من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فلا يجب فيه شئ فاذا احتبيل انه مات حتف أنفه واحتبيل أنه قتل احتمالا على السواء فلا يجب شئ بالشك والاحتمال ولهذا لو وجد في المعركة ولم يكن به أثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل وعلى هذا قالوا اذا وجدوا الدم يخرج من فيه أو من أنفه أو دبره أو ذكره لا شئ فيه لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب بسبب التقيء والرغاف وعارض آخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج من عينه أو أذنه فقيه القسامة والدية لان الدم

لا يخرج من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضاعفا الى ضرب حادث فكان قتيلا ولهذا الوجود هكذا في المعركة كان شهيدا وفي الاول لا يكون شهيدا ولو مر في محلة فاصابه سيف أو خنجر فجرحه ولا يدري من أي موضع أصابه فحمل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان لم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وان لم يكن صاحب فراش فلا قسامة ولا دية وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة فيه ولا ضمان في الوجهين جميعا وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله وجه قول أبي يوسف ان الخروج اذا لم يمت في المحلة كان الحاصل في المحلة مادون النفس ولا قسامة فيما دون النفس كماله وجرده مقطوع اليد في المحلة ولهذا لم يكن صاحب فراش فلا شيء فيه كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا لم يبرأ عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتى مات علم انه مات من الجراحة فعلم ان الجراحة حصلت قتلا من حين وجودها فكان قتيلا في ذلك الوقت كانه مات في المحلة بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش لأنه اذا لم يصير صاحب فراش لم يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلم يوجد قتيلا في المحلة فلا يثبت حكمه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد من القتل أكثر بدنه ان فيه القسامة والدية لانه يسمى قتيلا لان لاكثر حكم الكل ولو وجد عضوا من أعضائه كاليد والرجل أو وجد أقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لان الأقل من النصف لا يسمى قتيلا ولا نالوا وجنبا في هذا القدر القسامة لا وجنبا في الباقي قسامة أخرى فيؤدي الى اجتماع قسامتين في نفس واحدة وهذا لا يجوز وان وجد النصف فان كان النصف الذي فيه الرأس ففيه القسامة والدية وان كان النصف الآخر فلا قسامة فيه ولا دية لان الرأس اذا كان معه يسمى قتيلا واذا لم يكن لا يسمى قتيلا لان الرأس أصل ولا نالوا وجنبا في النصف الذي لا رأس فيه للزمنه لا يجاب في النصف الذي معه الرأس فيؤدي الى ما قلنا وان وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية لان الرأس وحده لا يسمى قتيلا وان وجد النصف مشقوفا فلا شيء فيه لان النصف المشقوق لا يسمى قتيلا ولان في اعتباره يجاب القسامتين على ما بينا ونظير هذا ما قلنا في صلاة الجنازة اذا وجد أكثر البدن أو أقل أو نصفه على التفصيل الذي ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص ان كان قتيلا يوجب القصاص وتجب الدية ان كان قتيلا يوجب الدية وقد ذكرنا جميع ذلك فيما تقدم (ومنها) ان يكون القتيل من بني آدم عليه الصلاة والسلام فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها لان لزوم القسامة في نفسها أمر ثبت بخلاف القياس لان تكرار اليمين غير مشروع واعتبار عدد الخمسين غير معقول ولهذا لم يعتبر في سائر الدعاوى وكذا وجوب الدية معها لان اليمين في الشرع جعلت دافعة للاستحقاق بنفسها كما في سائر الدعاوى الا اننا عرفنا ذلك بالنصوص والاجماع في بني آدم خاصة فبقى الامر فيما وراءهم على الاصل ولهذا لم تجب القسامة والغرامة في سائر الاموال كذا في البهائم وتجب في العبد القسامة والقيمة اذا وجد قتيلا في غير ملك صاحبه لانه آدمي من كل وجه ولهذا يجب فيه القصاص في العمد والكفارة في الخطأ وتغرم العاقلة قيمته في الخطأ وهذا على أصلهما فأما على أصل أبي يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لان العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي ولهذا قال تجب قيمته في القتل الخطأ بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب في المدبر وأم الولد والمكاتب والمأذون لما قلنا وسواء كان القتيل مسلما أو ذميا عاقلا أو مجنونا بالغيا أو صبيا ذكر أو أنثى لانه عليه الصلاة والسلام أطلق القضية بالقسامة والدية في مطلق قتيل أخبر به في بعض الاحاديث ولم يستفسر ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولان دم هؤلاء مضمون بالقصاص والدية في العمد والخطأ فيكون مضمونا بالقسامة والدية وسواء وجد المسلم قتيلا في محلة المسلمين أو في محلة أهل الذمة لان عبد الله بن سهل الانصاري رضي الله عنه وجد قتيلا في قلب من قلب خبير وأوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة على اليهود وكذا الذي لان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم الا ما نص بدليل (ومنها) الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) انكار المدعى

عليه لان اليمين وظيفة المنكر قال عليه الصلاة والسلام وانين على من أنكر جعل جنس اليمين على المنكر فيتق
وجوبها على غير المنكر (ومنها) المطالبة بالتسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما في سائر
الايمان ولهذا كان الاختيار في حال التسامة الى اولياء القتيل لان الايمان حتمهم فلهم أن يختار وامن يهتمونه
ويستحلون صالحى العشيرة الذين يعلمون انهم لا يحلفون كذبا ولو طولب من عليه التسامة بها فكل عن اليمين
حبس حتى يحلف أو يقر لان اليمين في باب التسامة حق مقصود بنفسه لانه وسيلة الى المقصود وهو الدية بدليل انه
يجمع بينه وبين الدية ولهذا قال الحرث بن الازمع لسيدنا عمر رضى الله عنه انبذل ايماننا وأموالنا فقال نعم وروى
ان الحارث قال أما تجزى هذه عن هذه فقال لا وروى انه قال فبم يطل دم صاحبكم فاذا كانت مقصودة بنفسها فمن
امتنع عن أداء حق مقصود بنفسه وهو قادر على الاداء يجبر عليه بالحبس كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على
القضاء بخلاف اليمين في سائر الحقوق فانها ليست مقصودة بنفسها بل هي وسيلة الى المقصود وهو المال المدعى
ألا ترى انه لا يجمع بينهما بل اذا حلف المدعى عليه برى أو لا ترى انه اذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر وبذل المال
لا يلزمه شئ وهما لو لم يحلفوا ولم يقر واو بذلوا الدية لا تسقط عنهم التسامة فدل انها مقصودة بنفسها فيجبرون عليها
بالحبس وروى عن أبى يوسف انهم لا يجسسون والدية على العاقلة ذكره الناضى في شرحه مختصر الطحاوى رحمه
الله وذكر فيه أيضا ان الامام اذا آيس عن الحلف وسأله الاولياء ان يغرمهم الدية يقضى عليهم بالدية والله تعالى أعلم
(ومنها) أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لا حدا وفي يد أحد فان لم يكن ملكا لا حدا ولا في يد أحد أصلا
فلا قسامة فيه ولا دية وان كان في يد أحد يد العموم لا يد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد
منهم ولا جماعة يحصون لا تجب القسامة وتجب الدية وانما كان كذلك لان القسامة أو الدية انما تجب بترك الحفظ
اللازم على ما ذكرنا فان لم يكن ملك أحد ولا في يد أحد أصلا لا يلزم أحد حفظه فلا تجب القسامة والدية واذا كان في
يد العامة فحفظه على العامة لكن لا سبيل الى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل وأمكن ايجاب الدية
على الكل لا مكان الاستيفاء منهم بالاخذ من بيت المال لان مال بيت المال ما لهم فكان الاخذ من بيت المال
استيفاء منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل في فلاة من الارض ليس بملك لا حدا له لا قسامة فيه ولا دية اذا
كان بحيث لا يسمع الصوت من المصار ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على
أقرب المواضع اليه فان كان أقرب الى القرى فعلى أقرب القرى وان كان أقرب الى المصر فعلى أقرب محال المصر اليه
لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم يكن الموضع في يد أحد فلم يوجد القتيل في ملك
أحد ولا في يد أحد أصلا فلا تجب فيه القسامة ولا الدية واذا كانت بحيث يسمع الصوت والغوث يلحق فكان
من توابع أقرب المواضع اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عنه عليه الصلاة والسلام وقضى به أيضا سيدنا عمر
رضى الله تعالى عنه على ما ذكره ولو وجد في نهر عظيم كدجلة والفرات وسيحون ونحوها فان كان النهر يجري به فلا
قسامة ولا دية لان النهر العظيم ليس ملكا لا حدا ولا في يد أحد وقال زفر رحمه الله تجب على أقرب القرى من ذلك
الموضع كما اذا وجد على الدابة وهي تسير وليست في يد أحد وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع الذى تسير فيه
الدابة تابع لأقرب المواضع اليه فكان في يد أهله بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد أحد لا بالاصالة ولا
بالتبعية وان كان النهر لا يجري به ولكنه كان محتسبا في الشط أو مر بوطا على الشط أو ملقى على الشط فان كان الشط
ملكاً فحكمه حكم الارض المملوكة أو الدار المملوكة اذا وجد فيها قتيل وسند كره ان شاء الله تعالى فان لم يكن ملكا
لا حدا فعلى أقرب المواضع اليه من المصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه الماء
و يوردون دوابهم فكان لهم تصرف في الشط فكان الشط في أيديهم وكذلك لو كان في الجزيرة فعلى أقرب المواضع
الى الجزيرة من المصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لان الجزيرة تكون في تصرفهم فكانت

في أيديهم وان وجد في نهر صغير مما يتقضى فيه بالشفعة للشر كاع في الشرب ففيه القسامة والدية على أهل النهر لان النهر مملوك لهم وسواء كان القتل محتسباً أو مر بوطا على الشط أو كان النهر يجري به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكاً لا رايه كان الموضع الذي يجري به مملوكاً لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة في قتل يوجد في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة ولا في جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد بالخصوص ونجب الدية على بيت المال لان تدبير هذه المواضع ومصالحها الى العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصر واضمنوا وبيت المال ما لهم فيؤخذ من بيت المال وكذلك لا قسامة في قتل في سوق العامة وهي الاسواق التي ليست بمملوكة وهي سوق السلطان لانه اذا لم تكن مملوكة وليس لأحد عليها يد بالخصوص كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا نجب القسامة ونجب الدية لان حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير فبيت المال مال عامة المسلمين فيؤخذ منه وكذا اذا وجد في مسجد جماعتهم لا قسامة والدية في بيت المال لانه لا ملك لأحد فيه ولا يد بالخصوص ويد العموم توجب الدية لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكاً نجب القسامة والدية لكن على من نجب فيه اختلاف نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولا قسامة في قتل يوجد في السجن لانعدام الملك وبدا بالخصوص لانه لا تصرف لاهل السجن في السجن لكونهم متهورين فيه ونجب الدية على بيت المال لان يد العموم ثابتة عليه ولان منفعة السجن لعامة المسلمين لانه بني لاستيفاء حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى نجب القسامة والدية على أهل السجن لان لهم ضرب تصرف في السجن فكان لهم يدا على السجن فعليهم حفظه (ومنها) ان لا يكون القتل ملكاً للصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا ذية في قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلاً في دار مولاه لانه ملكه ووجوده في داره قتيلاً كباشرة القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان في المكاتب نجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارش جنابته حر فكان كسبه وارش له والمولى فيه كالا جنبي ولا تعاقبه العاقلة لانه اذا صار مضموناً بمقتضى الكتابة والعقد ثبت في حق المولى والمكاتب لا في حق العاقلة وفي المأذون عليه قيمته لغرمائه ان كان له دين يتعلق حق الغرماء بآلته وقد استهلك حقهم بالقتل باستهلاك محل الحق فيجب عليه قيمته لغرمائه وتكون حالة في ماله لان هذا ليس ضمان النفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق الغرماء بآلته فكان هذا ضمان الاستهلاك فتكون في ماله حالة لا مؤجلة كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لاشئ فيه وكذلك ان قتله عمداً وكذلك لو كان العبد جنبي جنابة ثم وجد قتيلاً في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك ان قتله خطأ وهو لا يعلم بجنابته لما قلنا ولو وجد العبد الرهن قتيلاً في دار الرهن أو المرتين فان وجد قتيلاً في دار الرهن فلا قسامة والقيمة على رب الدار دون العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما يوجب الضمان بعقد الرهن والعقد ثبت في حق الرهن والمرتين لا في حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان وجد في دار المرتين فلا قسامة والقيمة على عاقله لان هذا الضمان لا يجب بالعقد وانما يجب بالجنابة لان وجوده في داره قتيلاً كباشرة القتل منه كعبد ليس برهن وجد في داره قتيلاً وثمة القسامة والقيمة عليه كذا هي (وأما) بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبها هو التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لانه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار له قصر ابتكر الحفظ الواجب فيؤخذ بالتقصير زجراً عن ذلك وحمل على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بحمل القسامة والدية لانه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولانه اذا اختص بالموضع ملكاً أو يد بالتصرف كانت منفعة له فكانت النصرة عليه اذا خرج بال ضمان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال تبارك وتعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتل اذا وجد في موضع اختص به واحد او جماعة اما بالملك أو باليد وهو التصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع ألزمهم القسامة دفعا للثمة

والدية لوجود القتل بين أظهرهم وإلى هذا المعنى أشار سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه حينما قيل أنبذل أموالنا وأيماننا فقال أما أيمانكم فلحقن دماءكم وأما أموالكم فلو جود القتل بين أظهركم وإذا عرف هذا فنقول القتل إذا وجد في المحلة فالقسامة والدية على أهل المحلة للأحاديث واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا ولأن حفظ المحلة عليهم وتقع ولاية التصرف في المحلة عائد إليهم وهم المهمون في قتله فكانت القسامة والدية عليهم وكذا إذا وجد في مسجد المحلة أو في طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون فإن لم يكمل العدد خمسين وجلا تكرر الاليمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا لمساروى عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه أنه حلف رجال القسامة فكانوا تسعة وأربعين رجلا فأخذ منهم واحدا وكره عليه اليمين حتى كملت خمسين يمينا وكان ذلك بحضور الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون اجماعا ولأن هذه الاليمان حق ولي القتل فله أن يستوفيهما من يمكن استيفاءهما منه فإن أمكن الاستيفاء من عدد الرجال الخمسين استوفى وإن لم يمكن يستوفى عدد الاليمان التي هي حقه وإن كان العدد كاملا فإراد أولى أن يكره اليمين على بعضهم ليس لذلك كذا ذكر محمد رحمه الله لأن موضوع هذا الاليمان على عدد الخمسين في الأصل لا على واحد وإنما التكرار على واحد لضرورة نقصان العدد ولا ضرورة عند الكمال وإن كان في المحلة قبائل شتى فإن كان فيها أهل الخطه والمشترون فالقسامة والدية على أهل الخطه ما بقي منهم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وقال أبو يوسف رحمه الله عليهم وعلى المشتريين جميعا (وجه) قوله أن الوجوب على أهل الخطه باعتبار الملك والملك ثابت للمشتريين ولهذا إذا لم يكن من أهل الخطه أحد كانت القسامة على المشتريين (وجه) قولهما أن أهل الخطه أصول في الملك لأن ابتداء الملك ثبت لهم وإنما انتقل عنهم إلى المشتريين فكانوا أخص بنصرة المحلة وحفظها من المشتريين فكانوا أولى بإيجاب القسامة والدية عليهم وكان المشتري بينهم كالأجنبي فمابقي واحد منهم لا ينتقل إلى المشتري وقيل أن أبا حنيفة بنى الجواب على ما شاهد بالكوفة وكان تدبير أمر المحلة فيها إلى أهل الخطه وأبو يوسف رأى التدبير إلى الأشراف من أهل المحلة كانوا من أهل الخطه أولا فبنى الجواب على ذلك فعلى هذا لم يكن بينهما خلاف في الحقيقة لأن كل واحد منهما عول على معنى الحفظ والنصرة فإن فقد أهل الخطه وكان في المحلة ملاك وسكان فالدية على الملاك لا على السكان عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف عليهم جميعا لما روي أن رسول الله عليه الصلاة والسلام أوجب القسامة على أهل خير وكانوا سكانا ولأن للسكان اختصاصا بالدار إذا كان له الملك اختصاصا بها ملكا ويد الخصوص نكفي لوجوب القسامة (وجه) قولهما أن المالك أخص بحفظ الموضع ونصرته من السكان لأن اختصاصه اختصاصا ملاك وأنه أقوى من اختصاص السيد ألا يرى أن السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون وأما إيجاب القسامة على يهود خير فمنوع عنهم كانوا سكانا بل كانوا مالا كما أنه روي أنه عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم ووضع الجزية على رؤسهم وما كان يؤخذ منهم كان يؤخذ على وجه الجزية لا على سبيل الجرة ولو وجد قتيل في سفينة فإن لم يكن معهم ركاب فالقسامة والدية على أرباب السفينة وعلى من يدها من يملكها أولا يملكها وإن كان معهم فيها ركاب فعليهم جميعا وهذا في الظاهر يؤيد قول أبي يوسف في إيجاب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يفرقان بين السفينة والمحلة لأن السفينة تنقل وتحول من مكان إلى مكان فتعتبر فيها اليدون الملك كالعادة إذا وجد عليهم اقتيل بخلاف الدار فإنها لا تتحول والنقل والتحويل فيعتبر فيها الملك والتحويل ما أمكن لا اليد وكذلك العجلة حكمها حكم السفينة لأنها تنقل وتحول ولو وجد القتل مع رجل محله على ظهره فعليه القسامة والدية لأن القتل في يده ولو وجد جريح معه به رمق يحمله حتى أتى به أهله فكث يوما أو يومين ثم مات لا يضمن عند أبي يوسف وقال أبو يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه يضمن (وجه) التماس أن الحامل قد ثبتت يده عليه مجر وحافا ذامات من الجرح فكانه مات في يده وهذا نفي على من جرح في قبيلة فتحامل إلى قبيلة أخرى

فبات فيهم وقد ذكرناه فيما تقدم وكذلك اذا كان على دابة ولها سائق أو قائد وعليها راكب فعليه القسامة والدية
لانه في يده وان اجتمع السائق والقائد والراكب فعليهم جميعا لان القتل في أيديهم فصار كأنه وجد في دارهم وان
وجد على دابة لا سائق لها ولا قائد ولا راكب عليها فان كان ذلك الموضع ملكا لا حدا فالقسامة والدية على المالك وان
كان لا مالك له فعلى أقرب المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الامصار والقرى وان كان بحيث لا يسمع فهو
هدر لما قلنا فيما تقدم فان وجدت الدابة في محلة فعلى أهل تلك المحلة وكذلك اذا وجد في فلاة من الارض أنه
ينظر ان كان ذلك المكان الذي وجد فيه ملكا لا نسا فالقسامة والدية عليه وان لم يكن له مالك فعلى أقرب المواضع
اليه من الامصار والقرى اذا كانت بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث لا يبلغ فهو هدر لما قلنا وذكر في
الاصل في قتل وجد بين قريتين انه يضاف الى أقربهما لما روى عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه أن النبي
عليه الصلاة والسلام أمر بان يوزع بين قريتين في قتل وجد بينهما وكذا روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه في
قتل وجد بين وادعة وأرحب وكتب اليه عامله بذلك فكتب اليه سيدنا عمر رضى الله عنه ان قس بين القريتين
فأيهما كان أقرب فالزمهم فوجد التتيل الى وادعة أقرب فلزموا القسامة والدية وذلك كله قول على ما اذا كان
بحيث يبلغ الصوت الى الموضع الذي وجد فيه التتيل كذا ذكر محمد في الاصل حكاه الكرخي رحمه الله والفتي
ما ذكرنا فيما تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية على أقربهما فان وجد في المعسكر في فلاة من الارض
فان كانت الارض التي وجد فيها لها رباب فالقسامة والدية على رباب الارض لانهم أخص بنصرة الموضع
وحفظه فكانوا أولى بإحباب القسامة والدية عليهم وهذا على أصلهما لان المعسكر كالسكان والقسامة على المسالك
لا على السكان على أصلهما (فأما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فالقسامة والدية عليهم جميعا وان يكن في ملك
أحد بان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكن الخباء أو الفسطاط وعلى عواقبهم القسامة والدية لان صاحب
الخيمة خص بموضع الخيمة من أهل المعسكر بمنزلة صاحب الدار مع أهل الحجرة ثم القسامة على صاحب الدار اذا وجد
فيها قتيل لا على أهل المحلة كذا همنا وان وجد خارجا من الفسطاط والخباء فعلى أقرب الاخبية والنساء ايضا منهم
القسامة والدية كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الاقرب أولى بإحباب القسامة والدية لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رضى
الله عنه اذا وجد بين الخيام فالقسامة والدية على جماعتهم كالقتيل يوجد في المحلة تجعل الخيام المحلة على هذه
الرواية هذا اذا لم يكن المعسكر لقواعد واذا كان قواعد واقفا تلو افلا قسامة ولا دية في قتل يوجد بين أظهرهم لانهم
اذا القواعد واوقاتوا فالظاهر ان العدو قتل لا المسلمون اذا المسلمون لا يتتل بعضهم بعضا ولو وجد قتيل في أرض رجل
الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهل القرية فالقسامة والدية على صاحب الارض لا على أهل القرية لان
صاحب الارض أخص بنصرة أرضه وحفظها من أهل القرية فكان أولى بإحباب القسامة والدية عليه كصاحب
الدار مع أهل المحلة ولو وجد قتيل في دار انسان وصاحب الدار من أهل القسامة فالقسامة والدية على صاحب الدار
وعلى عاقلة كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كانت العاقلة حضورا أو غيبا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب
رحمهما الله أن القسامة على رب الدار وعلى عاقلة حضورا كانوا أو غيبا وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقل
هكذا ذكر فيه وقال الكرخي رحمه الله ان كانت العاقلة حضورا في المصد دخلوا في القسامة وان كانت غائبة
فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الايمان والدية عليه وعلى عاقلة أماد خول العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا
فهو قولهما وظاهر قول أبي يوسف لا قسامة على العاقلة يقتضي أن لا يدخلوا في القسامة (وجه) قول زفر رحمه الله
انه لما لزمهم الدية لزمهم القسامة كاهل المحلة ولا يبي يوسف أن صاحب الدار أخص بالنصرة وبالولاية والتهمة فلا
يشاركه العاقلة كما لا يشارك أهل المحلة غيرهم (وجه) قولهما أن العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار
ونصرتها كما يلزم صاحب الدار وكذا يتهمون بالقتل كما يتهم صاحب الدار فقد شاركوه في سبب وجوب القسامة

فيشاركونه في القسامة أيضاً وبهذا يتبع الفرق بين حال الحضور والغيبة على ما ذكره الكرخي رحمه الله لأن معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب وكذا معنى النصرة لأنه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهةهم إلا أنه يجب عليهم الدية لأن وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة فمنهم من يحملون عن القاتل المعين إذا كان صبياً أو مجنوناً أو خاطئاً وسواء كانت الدار فيها ساكن أو كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار وعلى عاقلته القسامة والدية أما على أصل أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما فظاهر لأنهما يعتبران المالك دون الساكن فكان وجود الساكن فيها والعدم بمنزلة واحدة (وأما) أبو يوسف رحمه الله فأنما يوجب على الساكن لا اختصاصه بالدار إذا لم يوجد بها وسواء كان المالك الذي وجد فيه القتيل خاصاً أو مشتركاً فالقسامة والدية على أرباب المالك لما قلنا وسواء اتفق قدراً نصباء الشركاء أو اختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان ويعتبر في ذلك عدد الرؤوس لا قدر الانصباء كما في الشفعة لأن حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ لا يختلف ولهذا تساوى في استحقاق الشفعة لأن الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وأنه لا يختلف باختلاف قدر المالك وذكر في الجامع الصغير فيمن باع داراً ووجد فيها قتيل قبل أن يقبضها المشتري أن القسامة والدية على البائع إذا لم يكن في البيع خيار فإن كان فيه خيار فلي من الدار في يده في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الدية على مالك الدار إن لم يكن في البيع خيار فإن كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند زفر رحمه الله الدية على المشتري إلا أن يكون للبائع خيار فتكون الدية عليه (وجه) قول زفر أن المالك للمشتري إذا لم يكن فيه خيار وكذا إذا كان الخيار للمشتري لأن خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عنده فإذا كان الخيار للبائع فالمالك له لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بخلاف (وجه) قولهما أنه إذا لم يكن فيه خيار فالمالك للمشتري وإنما للبائع صورة يده من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها في القسامة كيد المودع فكانت القسامة والدية على المشتري وإذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له لأن الأضرار للبائع فقد انقسخ البيع وجعل كأنه لم يكن وإن صارت للمشتري فقد انبرم البيع ونبين أنه ملكها بالعقد من حين وجوده (وأما) تصحيح مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فمشكل من حيث الظاهر لأنه يعتبر المالك فيما يحتل النقل والتحويل لا اليد وإن كانت اليد تصرف كيد الساكن والثابت للبائع صورة يده من غير تصرف فأولى أن لا يعتبره لكن لا إشكال في الحقيقة لأن الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة إلا أنه يضاف الحفظ إلى المالك لأن استحقاق اليد به عادة في تمام مقام اليد فكانت الإضافة إلى ما به حقيقة الحفظ أولى إلا أن مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه يد مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن وإذا وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما رحمهما الله لا شيء فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثل قولهم (وجه) قولهم أن القتل صادفه والدار ملكه وإنما صار ملك الورثة عند الموت والموت ليس بقتل لأن القتل فعل القاتل ولا صنع لأحد في الموت بل هو من صنع الله تبارك وتعالى فلم يقتل في ملك الورثة فلا سبيل إلى إيجاب الضمان على الورثة وعواقلهم ولأن وجوده قتيلاً في دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كأنه قتل نفسه بنفسه فيكون هدرًا ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن المعتبر في القسامة وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتيل بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية والدار وقت ظهور القتيل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم كماله وجد قتيلاً في دار ابنه فإن قيل كيف يجب الدية عليهم وعلى عواقلهم وإن الدية يجب لهم فكيف يجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضاً وفيه إيجاب لهم أيضاً وعليهم وهذا ممنوع فالجواب ممنوع أن الدية يجب لهم بل للقتيل لأنها بدل نفسه فتكون له وبدليل أنه مجهز منها وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته تستحقه ورثته لاستغناء الميت عنه والورثة أقرب الناس إليه وصار كماله وجد الابن قتيلاً في دار ابنه أو في بئر حفرها ابنه أليس أنه يجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا

يمنع ذلك لما قلنا كذا هذا وان اعتبرنا وقت وجود القتل فهو ممكن أيضا لانه تجب على عاقلة لتقصيرهم في حفظ الدار فتجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم تنتقل منه الى ورثته عند فراغه عن حاجته وذكر محمد اذا وجد ابن الرجل أو أخوه قتيلا في داره أن على عاقلة دية ابنه ودية أخيه وان كان هو وارثه لما قلنا أن وجود القتل في الدار كباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلة ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد مكاتب قتيلا في دار نفسه فدمه هدر لان داره في وقت ظهور القتل ليسب لو رنته بل هي على حكم ملك نفسه الى أن يؤدي بدل الكتابة فصار كأنه قتل نفسه فهدر دمه رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا ضمان عليه (وجه) قوله أنه يحتمل أنه قتله صاحبه ويحتمل أنه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك ولا ييوسف أن الظاهر أنه قتله صاحبه لان الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا او غالبا واحتمال خلاف الظاهر ملحق بالعدم ألا ترى أن مثل هذا الاحتمال ثابت في قتل المحلة ولم يعتبر

فصل ١٠ واما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد وجوبهما ومن لا يدخل في ذلك فنقول وبالله التوفيق الصبي والمجنون لا يدخلان في القسامة في أي موضع وجد القتل سواء وجد في غير ملكهما أو في ملكهما لان القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين ولهذا لا يستحقان في سائر الدعاوى ولان القسامة تجب على من هو من أهل النصرة وهما ليسا من أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلة لهما اذا وجد القتل في ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة وهل يدخلان في الدية مع العاقلة فان وجد القتل في غير ملكهما كالمحلة وملك انسان لا يدخلان فيه اوجد في ملكهما يدخلان لان وجود القتل في ملكهما كباشرة لهما القتل وهما مؤاخذان بضمان الافعال وعلى قياس ما ذكره الطحاوي رحمه الله لا يدخلان في الدية مع العاقلة أصلا لكنه ليس بسديد لان هذا ضمان القتل والقتل فعل والصبي والمجنون مؤاخذان بافعالهما ولا يدخل العبد المحجور وأندبر وأم الولد في القسامة والدية لان هؤلاء لا يستنصر بهم عادة وليسوا من أهل ملك المال أيضا فلا تلزمهم الدية وأما المأذون والمكاتب فلا يدخلان في قسامة وجبت في قتل وجذب في غير دارهما وان وجد في دارهما أما المأذون ان لم يكن عليه دين فلا قسامة عليه بل على مولاه وعاقلة استحسنانا والقياس أن تجب عليه القسامة واذا حلف يخاطب المولى بالدفع أو الفداء (وجه) القياس أن العبد من أهل اليمين ألا ترى أنه يستحلف في الدعاوى ووجود القتل في داره بمنزلة مباشرة القتل خطأ وان قتله خطأ بخير المولى بين الدفع والفداء كذا هذا وجه الاستحسان أن فائدة الاستحلاف جريان القسامة لسبب هو النكول لانه لا يقضى بالنكول في هذا الباب بل يحبس حتى يحلف أو يقر ولو قر بالقتل خطأ لا يصح اقراره لانه اقرار على مولاه فلم يكن الاستحلاف مفيدا فلا تجب عليه القسامة وتجب على المولى وعلى عاقلة لان الملك له وان كان عليه دين فينبغي في قياس قول أبي حنيفة أنه تجب القسامة على العبد لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلا يملك الدار وفي الاستحسان تجب على المولى لان المولى ان كان لا يملكها فالغرماء لا يملكونها أيضا والعبد لا ملك له والمولى أقرب الناس اليه فكانت القسامة عليه مع ما أن للمولى حقه في الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضاء دين الغرماء فكان أولى بإيجاب القسامة (وأما) المكاتب اذا وجد قتيلا في داره فعليه الاقل من قيمته ومن الدار لان وجود القتل في داره كباشرة القتل فلا يكون على مولاه كما لا يكون عليه في مباشرة وهل تجب عليه القسامة ذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي أنه يكرر عليه الايمان فان حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية الا قدر عشرة دراهم لان عاقلة المكاتب نفسه وتكون القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية المدبر ولو كان القتل مولى المكاتب كان عليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتل في داره كباشرة القتل وتكون القيمة حالة لا مؤجلة لما قلنا ولا تدخل المرأة في القسامة والدية في قتل بوجد في غير ملكها لان وجوبهما بطريق النصرة وهي ليست من أهلها وان وجد في دارها أو في قرية لها لا يكون غيرها عليها القسامة فتستحلف

ويكرر عليها الايمان وهذا قولهما وقال أبو يوسف عليها لا على عاقلتها وجه قوله ان لزوم القسامة للزوم النصره وهي ليست من أهل النصره فلا تدخل في القسامة ولهذا لم تدخل مع أهل المحلة (وجه) قولهما ان سبب الوجوب على المالك هو الملك مع أهلية القسامة وقد وجد في حقها أما الملك فثبت لها وأما الأهلية فلان القسامة عين وانها من أهل اليمين ألا يرى انها تستحلف في سائر الحقوق ومعنى النصره يراعى وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشتقة في السفر وهل تدخل مع العاقلة في الدية ذكر الطحاوي ما يدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل في التحمل الا ان يكون ذكر عاقلا بالغاً فاذ لم تدخل عند وجود القتل منها عينا ففهمنا أولى وأصحابنا رضى الله عنهم قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسألة وأنكر وأعلى الطحاوي قوله وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال ويدخل في القسامة والدية الاعمى والمحدود في القذف والكافر لانهم من أهل الاستحلاف والحلف والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة أما النص فهو التصريح بلفظ الابراء وما يجري مجراه كقوله أبرأت أو أسقطت أو عفوت ونحو ذلك لان ركن الابراء صير من هو من أهل الابراء في محل قابل للبراءة فيصح وأما الدلالة فهي ان يدعى ولي القاتل على رجل من غير أهل المحلة فيبرأ أهل المحلة عن القسامة والدية لان ظهور القاتل في المحلة لم يدل على كون هذا المدعى عليه قاتلاً فاقدام الولي على الدعوى عليه يكون نفيًا للقتل عن أهل المحلة فيمتنع من براءتهم عن القسامة والدية فان أقام البينة على المدعى عليه والا حلف فان حلف برى وان بكل حبس حتى يحلف أو يقر في قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما) يقضى بالدية ولو شهد اثنان من أهل المحلة للولي بهذه الدعوى لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل (وجه) قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت التهمة وقد رأت بالبراءة فلا معنى لرد الشهادة ولا بى حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة في شهادتهم من وجهين أحدهما ان من الجائز انه أبرأهم ليتوسل بالبراءة الى تصحيح شهادتهم والثاني انه أحسن اليهم بالبراءة حيث أسقط القسامة والدية عنهم فن الجائز انهم أرادوا بالمكافأة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد فن وجهين أولى ولان أهل المحلة كانوا خصماء في هذه الدعوى فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا بالبراءة عن الخصومة لان السبب الموجب لكونهم خصماء قائم وهو وجود القاتل فيهم كالوكيل بالخصومة اذا خصم ثم عزل فشهادته لا تقبل شهادته كذا هذا ولو ادعى ولي القاتل على رجل بعينه من أهل المحلة فالقسامة والدية محالها في ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة رضى الله عنه ان القسامة تسقط وكذا روى محمد وقال أبو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا ان تركناه للآثر (وجه) رواية ابن المبارك رحمه الله ان تعيين الولي واحد آمنهم ابراء عن الباقيين دلالة فتسقط عنهم القسامة كما لو أبرأهم نصا (وجه) ظاهر الرواية ان القاتل أحد أهل المحلة ظاهر أو الولي كذلك الا أنه عين وهو متهم في التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبينة فلا تعتبر حكم القسامة الا بها فان أقام البينة من غير أهل المحلة على دعواه يقضى بها فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ ولو شهد شاهدان من المحلة عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضى الله عنه لان الخصومة بعد هذه الدعوى قائمة فكان الشاهد خصماً لانه يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم واذ لم تقبل شهادة أهل المحلة عليه ولم يتم بينة أخرى بقيت القسامة على أهل المحلة على حالها يحلف المدعى عليه والشاهدان مع أهل المحلة حتى يكمل خمسون رجلاً من أهل المحلة ثم كيف يستحلف الشهود مع أهل المحلة عندهما يحلفون بالله سبحانه وتعالى ما قتلناه ولا علمنا انه قاتل غير فلان وعند أبي يوسف يحلفون بالله جل شأنه ما قتلناه ولا يزدون على ذلك لان عندهم ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الى استحلافهم على العلم وما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمه الله أولى لان فيما قالاه مراعاة موضوع القسامة وهو الجمع بين اليمين على البينات والعلم بالقدر الممكن فيما وراء المستثنى وفيما قاله أبو يوسف ترك اليمين على العلم أصلاً فكان ما لاقاه

أولى ولو ادعى أهل تلك المحلة على رجل منهم أو من غيرهم تصح دعواهم فإن أقاموا البينة على ذلك الرجل يجب القصاص في العمد والدية في الخطأ وأن وافقهم الأولياء في الدعوى على ذلك الرجل وإن لم يوافقوهم في الدعوى عليه لا يجب عليه شيء لأن الأولياء قد أبرؤوه حيث أنكروا وجود القتل منه ولا يجب على أهل المحلة أيضاً شيء لأنهم أثبتوا القتل على غيرهم وإن لم يتم لهم البينة وحلف ذلك الرجل تجب القسامة على أهل المحلة ثم كيف يحلفون فهو على الاختلاف الذي ذكرنا والله سبحانه وتعالى الموفق

فصل وأما الجناية على مادون النفس مطلقاً فالكلام في هذه الجناية يقع في موضعين أحدهما في بيان أنواعها والثاني في بيان حكم كل نوع منها أما الأول فالجناية على مادون النفس مطلقاً أنواع أربعة أحدها إبانة الأطراف وما يجري مجرى الأطراف والثاني اذهاب معاني الأطراف مع إبقاء أعيانها والثالث الشجاج والرابع الجراح أما النوع الأول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والأنف واللسان والذكر والأنثيين والأذن والشفة وفوق العينين وقطع الشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق شعر الرأس والحية والحاجبين والشارب وأما النوع الثاني فتفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشى وتغيير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها مع قيام المحال الذي تقوم بها هذه المعاني ويلحق بهذا الفصل اذهاب العقل وأما النوع الثالث فالشجاج أحد عشر أولها الخارصة ثم الدامعة ثم الدامية ثم الباضعة ثم المتلاحمة ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة ثم الآمة ثم الدامغة .. (فالخارصة) هي التي تخرص الجلد أي تشقه ولا يظهر منها الدم والدامعة هي التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين والدامية هي التي يسيل منها الدم والباطضة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما نذهب الباضعة فيه هكذا روى أبو يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم منها الدم ويسود والسمحاق اسم لتلك الجادة إلا أن الجراحة سميت بها والموضحة التي تقطع السمحاق وتوضح العظم أي تظهره والهاشمة هي التي تهشم العظم أي تكسره والمنقلة هي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله من موضع إلى موضع والآمة هي التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ والدامغة هي التي تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدماغ فهذه إحدى عشر شجة ومحمد ذكر الشجاج تسعاً ولم يذكر الخارصة ولا الدامغة لأن الخارصة لا يبقى لها أثر عادة والشجة التي لا يبقى لها أثر لا حكم لها في الشرع والدامغة لا يعيش الإنسان معها عادة بل يصير نفسا ظاهراً وغالباً فتخرج من أن تكون شجة فلا معنى لبيان حكم الشجة فيها لذلك ترك محمد ذكرهما والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الرابع فالجراح نوعان جائفة وغير جائفة فالجائفة هي التي تصل إلى الجوف والمواضع التي تنفذ الجراحة منها إلى الجوف هي الصدر والظهر والبطن والجنبان وما بين الأنثيين والدبر ولا تكون في اليدين والرجلين ولا في الرقبة والحلق جائفة لأنه لا يصل إلى الجوف وروى عن أبي يوسف أن ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي لو وصل إليه من الشراب قطرة يكون جائفة لأنه لا يقطر إلا إذا وصل إلى الجوف ولا تكون الشجة إلا في الرأس والوجه وفي مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدين ولا تكون الآمة إلا في الرأس والوجه وفي الموضع الذي تتخلص منه إلى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات إلا في هذه المواضع عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات في كل البدن وهذا غير سديد لأن هذا القائل إن رجع في ذلك إلى اللغة فهو غلط لأن العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة فتسمى ما كان في الرأس والوجه في مواضع العظم منها شجة وما كان في سائر البدن جراحة فتسمى الكل شجة يكون غلطاً في اللغة وإن رجع فيه إلى المعنى فهو خطأ لأن حكم هذه الشجاج يثبت للشين الذي يلحق المشجوج ببقاء أثره بدليل أنها لو برأت ولم يبق لها أثر لم يجب بها إرش والشين إنما يلحق فيما يظهر في البدن وذلك هو الوجه والرأس وأما ما سواهما فلا يظهر بل يغطي عادة فلا يلحق الشين فيه مثل ما يلحق في الوجه والرأس

والله سبحانه وتعالى الموفق

فصل ١٠: وأما أحكام هذه الأنواع فهذه الأنواع مختلفة الأحكام (منها) ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه ارش مقدر (ومنها) ما يجب فيه ارش غير مقدر (أما) الذي فيه القصاص فهو الذي استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام في موضعين (أحدهما) في بيان شرائط وجوب القصاص (والثاني) في بيان وقت الحكم بالقصاص (أما) الأول فتقول شرائط وجوب القصاص أنواع (بعضها) يعم النفس ومادونها وبعضها يخص مادون النفس (أما) الشرائط العامة فإذ كثرنا في بيان شرائط وجوب القصاص في النفس من كون الجاني عاقلاً بالغاً متعمداً مختاراً وكون المجني عليه معصوماً مطلقاً لا يكون جزء الجاني ولا ملكه وكون الجناية حاصلة على طريق المباشرة لما ذكرنا من الدلائل (وأما) الشرائط التي تخص الجناية فيمادون النفس فمنها المماثلة بين المحلين في المنافع والفعلين وبين الارشيين لأن المماثلة فيمادون النفس معتبرة بالقدر الممكن فإندما يمنع وجوب القصاص والدليل على أن المماثلة فيمادون النفس معتبرة شرعاً بالنص والمعقول (أما) النص فقوله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين إلى قوله تعالى جل شأنه والجروح قصاص فإن قيل ليس في كتاب الله تبارك وتعالى بيان حكم مادون النفس لا في هذه الآية الشريفة وإنه أخبر عن حكم التوراة فيكون شريعة من قبلنا وشريعة من قبلنا لا نلزمنا (فالجواب) أن من القراء المعروفين من ابتدأ الكلام من قوله عز شأنه والعين بالعين بالرفع إلى قوله تبارك وتعالى فمن تصدق به على ابتداء الإيجاب لا على الأخبار عما في التوراة فكان هذا شرعاً لا شريعة من قبلنا على أن هذان كانا أخباراً عن شريعة التوراة لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم فيصير شريعة لنا يصلي الله عليه وسلم مبتدأة فيلزمنا العمل به على أنه شريعة رسولنا صلى الله عليه وسلم لا على أنه شريعة من قبله من الرسل على ما عرف في أصول الفقه إلا أنه لم يذكر وجوب القصاص في اليد والرجل نصاً لكن الإيجاب في العين والأنف والأذن والسن إيجاب في اليد والرجل دلالة لأنه لا ينتفع بالمدكور من السمع والبصر والشم والسن إلا صاحبه (ويجوز) أن ينتفع باليد والرجل غير صاحبهما فكان الإيجاب في العضو المنتفع به في حقه على الخصوص إيجاباً فيها هو منتفع به في حقه وفي حق غيره من طريق الأولى فكان ذكر هذه الأجزاء كـ اليد والرجل بطريق الدلالة كما في التأفف مع الضرب في الشتم على أن في كتابنا حكم مادون النفس قال الله فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال الله تعالى عز شأنه وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتهم به وأحق ما يعمل فيه به أنين الآيتين مادون النفس (وقال) تبارك وتعالى من عمل سيئة فلا يجزي إلا مثلها ونحو ذلك من الآيات (وأما) المعتول فهو أن مادون النفس له حكم الأموال لأنه خلق وقاية للنفس كالأموال ألا ترى أنه يستوفى في الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصي يلي استيفاء مادون النفس للصغير كما يلي استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر في اتلاف الأموال (ومنها) أن يكون المثل ممكن الاستيفاء لأن استيفاء المثل بدون إمكان استيفائه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفاء ضرورة ويبتنى على هذين الأصلين مسائل (فتقول) والله تعالى التوفيق لا يؤخذ شيء من الأصل إلا بمثله فلا تؤخذ اليد إلا باليد لأن غير اليد ليس من جنسها فلم يكن مثلاً لها إذا التجانس شرط للمماثلة (وكذا) الرجل والأصبع والعين والأنف ونحوها لما قلنا (وكذا) الأبهام لا تؤخذ إلا بالأبهام ولا السبابة إلا بالسبابة ولا الوسطى إلا بالوسطى ولا البنصر إلا بالبنصر ولا الخنصر إلا بالخنصر لأن منافع الأصابع مختلفة فكانت كالأجزاء المختلفة وكذلك لا تؤخذ اليد اليمنى إلا باليمن ولا اليسرى إلا باليسرى لأن لليمين فضلاً على اليسار ولذلك سميت يميناً وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمنى منها إلا باليمن ولا اليسرى إلا باليسرى وكذلك العين لما قلنا وكذلك الأسنان لا تؤخذ الثانية إلا بالثنية ولا الناب إلا بالناب ولا الضرس إلا بالضرس لا اختلاف منافعها فإن بعضها قواطع وبعضها طواحن وبعضها ضواحك واختلاف المنفعة بين الشينين يلحقهما بجنسين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس وكذا لا يؤخذ الأعلى منها بالأعلى ولا الأسفل

بالاعلى لتفاوت بين الاعلى والاسفل في المنفعة ولا يؤخذ الصحيح من الاطراف الا بالصحيح منها فلا تقطع اليد الصحيحة ولا كاملة الا صابع بناقصه الا صابع أو مفصل من الاصابع وكذلك الرجل والا صبع وغيرها لعدم المماثلة بين الصحيح والمعيب وان كان العيب في طرف الجاني فالجنى عليه بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ ارش الصحيح لان حقه في المثل وهو السليم ولا يمكنه استيفاء حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة وأمكنه الاستيفاء من وجه ولا سبيل الى الزام الاستيفاء حتما لما فيه من الزام استيفاء حقه ناقصاً وهذا لا يجوز فيخير ان شاء رضى بقدر حقه واستوفاه ناقصاً وان شاء عدل الى بدل حقه وهو كمال الارش بمن أتلف على انسان شيئاً له مثل والمتلف جيداً فاقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه الا الردىء ان صاحب الحق يكون بالخيار ان شاء أخذ الموجود ناقصاً وان شاء عدل الى قيمة الجيد لما قلنا كذا هذا (ولو أراد) الجنى عليه ان يأخذه وضمنه النقصان هل لذلك قال أصحابنا رحمهم الله تعالى ليس لذلك (وقال) الشافعي لذلك قوله ان حقه في المثل ولا يمكنه استيفاءه من هذه اليد من كل وجه فيستوفى حقه منها بقدر ما يمكن ويضمنه الباقي كالأول أتلف على آخر شيئاً من المثليات فاقطع عن أيدي الناس الا قدر بعض حقه انه يأخذ القدر الموجود من المتلف ويضمنه الباقي كذا هذا (ولنا) انه قادر على استيفاء اصل حقه وانما الفاتت هو الوصف وهو صفة السلامة فاذا رضى باستيفاء اصل حقه ناقصاً كان ذلك رضا منه بسقوط حقه عن الصفة كالأول أتلف شيئاً من ذوات الامثال وهو جيد فاقطع عن أيدي الناس نوع الجيد ولا يوجد الا الردىء منه انه ليس له الا ان يأخذه أو قيمة الجيد كذلك هذا بخلاف ما ذكره من المسألة لان هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل المتلف بكل جزء من أجزائه صورة ومعنى فكان له ان يستوفى الموجود ويأخذ قيمة الباقي وههنا حق الجنى عليه لم يتعلق الا بالقطع من المفصل دون الاصابع بدليل انه لو أراد ان يقطع الاصابع ويرأى عن الكف ليس له ذلك فلم تكن الاصابع عين حقه ان كان البعض قطع الاصابع بان كانت جارية بحرى الصفة كالجودة في المكيل فلا يكون له ان يطالب بشئ آخر كما في تلك المسألة (ولو) ذهبت الجارحة المعينة قبل ان يختار الجنى عليه أخذها أو قطعها قاطع بطل حق الجنى عليه في القصاص لقوات محله (وهل يجب) الارش على الجاني فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قطع يد صحيحه وهو على التفصيل الذي ذكرنا فيما تقدم انها ان سقطت بأفة سماوية أو قطعت ظلماً لاشئ عليه ولو قطعت بحق من قصاص أو سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة (وعند) الشافعي رحمه الله عليه الارش في الوجهين والكلام فيه راجع الى أصل وقد تقدم ذكره وهو ان موجب العمد القصاص عينا عندنا في النفس وما دونه (وعنده) أحدهما غير عين في قول وفي قول القصاص عينا لكن مع حق العدول الى المال (وقد) ذكرنا هذا الاصل بفروعه في بيان حكم الجناية على النفس الا انه اذا كان القطع بحق يجب الارش لانه قضى بالطرف حقاً مستحقاً عليه فصار كانه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ وغيره على ما مر ذكره واذا ثبت هذا في الصحيحة فنقول حق الجنى عليه كان متعلقاً باليد المعينة بعينها وإنما ينتقل عنها الى الارش عند اختياره فاذا لم يختار حتى هلكت بقي حقه متعلقاً باليد (فان قيل) أليس انه كان مخيراً بين القصاص والارش فاذا فات أحدهما تعين الآخر قيل لا بل حقه كان في اليد على التعيين الا ان له ان يعدل عنه الى بدله عند الاختيار فاذا هلك قبل الاختيار بقي حقه في اليد فاذا هلك فقد بطل محل الحق فبطل الحق أصلاً ورأساً والله تعالى عز وجل الموفق (ولو كانت) يد القاطع صحيحة وقت القطع ثم شلت بعده فلا حق للمقطوع في الارش لان حقه ثبت في اليد عينا بالقطع فلا ينتقل الى الارش بالنقصان كما اذا ذهب الكل بأفة سماوية انه يسقط حقه أصلاً ولا ينتقل الى الارش لما قلنا كذا هذا ولا قصاص الا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند أو مفصل المرفق أو مفصل الكتف في اليد أو مفصل الكعب أو مفصل الركبة أو مفصل الورك في الرجل وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه كما اذا قطع من الساعد أو العضد أو الساق أو الفخذ لانه يمكن استيفاء المثل من المفاصل ولا يمكن من غيرها (وليس) في لحم الساعد والعضد والساق والفخذ ولا

في الالية قصاص ولا في لحم الخدين ولحم الظهر والبطن ولا في جلدة الرأس وجلدة اليدين اذا قطعت لتعذر استيفاء
المثل ولا في اللطمة والوكزة وازجاة والدقة لما قلنا ولا يؤخذ العدد بالعدد فيادون النفس مما يجب على أحدهما فيه
القصاص لو انقرد كلاتنين اذا قطع ايدي رجل أو رجله أو أصبعه أو أذها سمعه أو بصره أو فلعا سنأله أو نحو ذلك من
الجوارح التي على الواحد منهما فيها القصاص لو انقرد به فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد
على الثلاث من العدد فهو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على عدد هدم بالسواء وهذا عندنا وعند الشافعي
يجب القصاص عليهم وان كثروا كما في النفس واحتج بما روي ان رجلين شهدا بين يدي سيدنا على رضي الله تعالى
عنه على رجل بالسرقة فامر بقطع يده ثم جاء آخر وقال أو همتا انما السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله
تعالى عنه لا أصدقكما على هذا واغرمكم كدية الاول ولو علمت انكما نعتما لقطعت أيديكما فقد اعتقد سيدنا على رضي
الله تعالى عنه قطع اليدين بيد واحدة وانما قال ذلك بتحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه
أحدهم فيكون اجماعا ولان اليد تابعة للنفس ثم النفس تقتل بنفس واحدة فكذا الايدي تقطع بيد واحدة لان
حكم التبع حكم الاصل (ولنا) ان المماثلة فيادون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلائل ولا مماثلة بين الايدي ويد
واحدة لا في الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل (أما) في الذات فلا شك فيه لانه لا مماثلة بين العدد بين الفرد من حيث
الذات بحقيقته انه لا تقطع الصحيحة بالشلاء والغائت هو المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات المماثلة في الوصف
لما منع جريان القصاص فقواتها في الذات أولى (وأما) في المنفعة فلا ن من المنافع ما لا يتأني الا باليدين كالكتابة
والخياطة ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة عادة (وأما) في الفعل فلا ن الموجود من كل واحد
منهما قطع بعض اليد كانه وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من جانب آخر والجزء قطع كل واحد من كل
واحد منهما وقطع كل اليد أكثر من قطع بعض اليد وانعدام المماثلة من وجهه تكفي لجريان القصاص كيف وقد
انعدمت من وجود وأما قول سيدنا على رضي الله عنه فلا حجة له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل السياسة بدليل
انه أضاف القطع الى نفسه وذال يكون الا بطريق السياسة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع رجل يميني رجلين
تقطع يمينه ثم ان حضرا جميعا فلم ان يقطعا يمينه يأخذانه دية يد بينهما نصفين وهذا قول اصحابنا رحمهم الله وقال
الشافعي رحمه الله اذا كان على التعاقب يقطع للاول ويغرم الدية للثاني كما قال في القتل وان كان على الاجتماع يقرع
بينهما فيقطع لمن خرجت قرعته ويغرم للآخر الدية كما قال في النفس (وجهه) قوله انه اذا قطع على الترتيب صارت
يده حقا للاول فلا تصير حقا للثاني فتجب الدية للثاني واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقا لأحدهما
غيرعين وتعين بالقرعة (ولنا) انهما استويا في سبب استحقاق القصاص فيستويان في الاستحقاق ودليل الوصف
ان سبب الاستحقاق قطع اليد وقد وجد قطع اليد في حق كل واحد منهما فيستحق كل واحد منهما قطع يده ولا يحصل
من كل واحد منهما في يد واحدة الا قطع بعضها فلم يستوف كل واحد منهما ما بالقسط الا بعض حقه فيستوفي الباقي من
الارش ولان كل واحد منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حتما مستحقا عليه
فيجعل كأن يده قامة وتعذر استيفاء القصاص لعذر فتجب الدية (وقوله) صارت يده حقا لمن له القصاص ممنوع فان
ملك القصاص ليس ملك المحل بل هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء لان حرية من عليه تمنع ثبوت الملك لانها
تنبي عن الخلوص والملك في المحل بثبوت فيه فينافيه الخلوص (والدليل) عليه انه لو قطعت يده بغير حق ثابت كانت
الدية له ولو صارت يده مملوكة لمن له القصاص لكانت الدية له دل ان ملك القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك
الفعل وهو اطلاق الاستيفاء ولاتنأ في فيه فاطلاق الاستيفاء للاول لا يمنع اطلاق استيفاء الثاني وهذا بخلاف
النفس ان الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء لان هناك كل واحد منهم استوفى حقه على الكمال لان حقه في القتل وكل
واحد منهم استوفى القتل بكماله لما ذكرنا في الجناية على النفس فيما تقدم وان حضر أحدهما والاخر غائب فلا حاضر

ان يقتصر ولا ينتظر الغائب لما ذكرنا ان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد وانما التمانع في استيفاء الكل بحكم
 التراجع بحكم المشاركة في الاستيفاء فاذا كان أحدهما غائبا فلا يزاحم الحاضر فكان له ان يستوفي كاحد الشفيعين اذا
 حضر يقتضى له بالشفعة في كل المبيع (ولان) حق الحاضر اذا كان ثابتا في كل اليد وأراد الاستيفاء والغائب قد حضر
 وقد لا يحضر وقد يطالب بعض الحضور وقد يعفو فلا يجوز تأخير حق الحاضر في الاستيفاء والمنع منه للحال بعد
 طلبه لا امر محتمل ولهذا قضى بالشفعة لاحد الشفيعين اذا حضر وطالب ولا ينتظر حضور الغائب كذا هذا ولا آخر
 دية يده على القاطع لانه تعذر استيفاء حقه بعد ثبوتيه فيصير الى البدل ولان القاطع قضى به حقا مستحقا عليه فيلزمه
 الدية وان عفا أحدهما بطل حقه وكان الآخر القصاص اذا كان العفو قبل قضاء القاضى بالا جماع لان حق كل
 واحد منهما ثابت في اليد على الكمال فالعفو من أحدهما لا يؤثر في حق الآخر كما في القصاص في النفس وكذلك
 لو عفا أحدهما على القاطع فقطع يده فقد استوفى حقه فلا آخر الدية لما ذكرنا (وأما) اذا قضى القاضى بالقصاص بينهما
 ثم عفا أحدهما فلا آخر ان يستوفي القصاص في قولهما استحسنانا (وقال) محمد رحمه الله اذا قضى القاضى بالقصاص
 في اليد بينهما نصفين وبديه اليد بينهما نصفين ثم عفا أحدهما بطل القصاص (وجه) قوله ان حق كل واحد منهما
 وان كان ثابتا في كل اليد لكن القاضى لما قضى بالقصاص بينهما فقد أثبت الشراكة بينهما فصار حق كل واحد منهما
 في البعض فاذا عفا أحدهما سقط البعض ولا يمكن الاخر من استيفاء الكل (وجه) قولهما ان قضاء القاضى
 بالشراكة لم يصادف محله لان الشرع ماورد بوجوب القطع في بعض اليد فيلحق بالعدم أو يجعل مجازا عن الفتوى كانه
 أفتى بما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع ويأخذ الدية بينهما فكان عفو أحدهما بعد القضاء كفوه قبله ولو قضى
 القاضى بالدية بينهما فقبضها ثم عفا أحدهما لم يكن للاخر القصاص وينقلب نصيبه مالا نهما لا قبضا الدية فتقدم لكاها
 وتبوت الملك في الدية يقتضى ان لا يبقى الحق في كل اليد فسقط حق كل واحد منهما عن نصف اليد فاذا عفا أحدهما
 لا يثبت للاخر ولاية استيفاء كل اليد (وكذلك) لو أخذ بالدية رهنا لان قبض الرهن قبض استيفاء لان الدين كانه
 في الرهن بدليل انه اذا هلك يسقط الدين فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين (ولو) أخذ بالدية كقبضها ثم عفا أحدهما
 فلا آخر القصاص لانه ليس في الكفالة معنى الاستيفاء بل هو للثبوت لجانب الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة
 كالحكم قبلها (ولو قطع) من رجل يده أو رجله قطعت يده ورجلاه لان استيفاء المثل ممكن ولو قطع من
 رجل يمينه ومن آخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره لصاحب اليسار لان تحقيق الماثلة فيه وانه
 ممكن (فان قيل) القاطع ما بطل عاينهما منفعة الجنسين فكيف تبطل عاينه منفعة الجنس فالجواب ان كل
 واحد منهما ما استحق عليه الا قطع يد واحدة وليس في قطع يد واحدة تقويت منفعة الجنس فكان الجزاء
 مثل الجناية الا ان فوات منفعة الجنس عند اجتماع الفعلين حصل ضرورة غير مضاف اليهما ولو قطع اصبع
 رجل كلهما من المفصل ثم قطع يد آخر أو يد أبا اليد ثم يقطع الاصبع وذلك كله في يد واحدة في اليمين أو في اليسار
 فلا يخلو (اما) ان جا آجيعا يطالبان القصاص واما ان جا آمتفرقين فان جا آجيعا يبدأ بالقصاص في الاصبع فتقطع
 الاصبع بالا صبع ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع ما بقي وان شاء أخذ دية يده من مال القاطع لان حق كل
 واحد منهما في مثل ما قطع منه فحق صاحب اليد في قطع اليد وحق صاحب الاصبع في قطع الاصبع فيجب
 ايفاء حق كل واحد منهما بقدر الامكان وذلك في البداية بالقصاص في الاصبع لا نالوبدأ بالقصاص
 في اليد لبطل حق صاحب الاصبع في القصاص أصلا وأساو لو بدأ بالقصاص في الاصبع لم يبطل
 حق الاخر في القصاص أصلا وأساو لانه يتمكن من استيفائه مع النقصان فكانت البداية بالا صبع أولى
 وانما خير صاحب اليد بعد قطع الاصبع لان الكف صارت معيبة بقطع الاصبع فوجد حقه ناقصا فثبت له الخيار
 كلا شل اذا قطع يد الصحيح وان جا آمتفرقين فان جاء صاحب اليد وصاحب الاصبع غائب تقطع اليد لصاحب
 اليد لان حق صاحب اليد ثابت في اليد فلا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب محتمل أن يحضر ويطلب ويحتمل

ان لا يحضر ولا يطالب فان جاء صاحب الاصبع بعد ذلك أخذ الارش لتعذر استيفاء حقه عليه بعد ثبوته فيأخذ بدله ولان القاطع قضى بطرفه حقا مستحقا عليه فصار كانه قائم وتعذر الاستيفاء مانع فيلزمه الارش وان جاء صاحب الاصبع وصاحب اليد غائب تقطع الاصبع لصاحب الاصبع لما ذكرنا في صاحب اليد ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك أخذ الارش لما قلنا ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع رجل آخر من مفصلين ثم قطع اصبع آخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة فهو على التفصيل الذي ذكرنا ان الامر لا يخلو (اما) ان جاؤا جميعا يطلبون القصاص واما ان جاؤا متفرقين فان جاؤا جميعا يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم يخير صاحب المفصلين فان شاء استوفى الاوسط بحقه كله ولا شئ له من الارش وان شاء أخذ ثلثي دية اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ ما بقي بأصبعه وان شاء أخذ دية اصبعه من مال الذي قطعها وانما كان كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فيجب ايفاء حقوقهم بتدرج الامكان وذلك في البداية بما لا يسقط حق بعضهم وهو ان يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لان البداية لا تبطل حق الباقي في القصاص أصلا لا مكان استيفاء حقيقيهما مع التنقصان وفي البداية بالقصاص في الاصبع ابطال حق الباقي أصلا ورب رجل يختار القصاص وان كان ناقصا تشيئا للصدر واذا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى يخير الباقيان لان كل واحد منهما وجد حقه ناقصا لحدوث العيب بالطرف وان جاؤا متفرقين فان جاء صاحب الاصبع أولا تقطع له الاصبع لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة فاذا جاء الباقيان بعد ذلك يقضى لهما بالارش لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية الاصبع ولصاحب المفصلين ثلثا دية الاصبع لما قلنا وان جاء صاحب المفصلين أولا يقطع له المفصلان لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة ويقضى لصاحب المفصل الاعلى بالارش لما مر وصاحب الاصبع بالخيار ان شاء أخذ ما بقي واستوفى حقه ناقصا وان شاء أخذ دية الاصبع لما مر وان جاء صاحب الاعلى أولا فهو كما اذا جاؤا معا وقد ذكرنا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر من المرفق أو بدأ بالمرفق ثم بالكف وهما في يد واحدة في اليمين او في اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقي بحقه كله وان شاء أخذ الارش لما بينا وان جاء أحدهما والاخر غائب فان جاء صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر الغائب لما مر ثم اذا جاء صاحب المرفق أخذ الارش وان جاء صاحب المرفق أولا لا يقطع له المرفق أولا ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك يأخذ ارش اليد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع المفصل الاعلى من نسبة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثاني منها فعليه القصاص من المفصل الاول ولا قصاص عليه في المفصل الثاني وعليه قيمة الارش وكذلك لو قطع اصبع رجل من أصلها ثم قطع الكف التي منها الاصبع كان عليه القصاص في الاصبع ولا قصاص عليه في الكف وعليه الارش في الكف ناقصة بأصبع وكذلك لو قطع يد رجل وهي صحيحة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي قطع منها الكف عليه في اليد القصاص ولا قصاص عليه في الساعد بل فيه ارش حكومة كذا روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه ولم يفصل بين ما اذا كانت الجناية الثانية بعد برء الاولى أو قبلها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كانت الثانية بعد برء الاولى فهما جنايتان متفرقتان وان كانت قبل البرء فهي جناية واحدة ذكر قولهما في الزادات (وجه) قولهما ان الجنايتين اذا كانتا قبل البرء فهما في حكم جناية واحدة بدليل ان من قطع يد رجل خطأ ثم قتله وجبت عليه دية واحدة فصار كانه قطع المفصلين معا بضر به واحدة فيجب القصاص فيهما واذا برئت الاولى فقد استقرت واستقر حكمها فكانت الثانية جناية مفردة في مفصل مفرد فتفرد بحكمها فيجب القصاص في الاولى والارش في الثانية ولا في حنيفة رضي الله عنه ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت الاصبعان صحيحين أعني اصبع القاطع والمقطوع له المفصل أولا فكانت بين الاصبعين مماثلة فامكن استيفاء القصاص على وجه المماثلة ولم يكن بينهما مماثلة وقت قطع المفصل الثاني لان

اصبغ القاطع كامل وقت القطع فيكون استيفاء الكامل بالناقص وهذا لا يجوز فان قيل وقت قطع المفصل الثاني كان القصاص مستحقا في المفصل الاعلى من القاطع والمستحق كالمستوفى فكان استيفاء الناقص بالناقص فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان نفس الاستحقاق لا يوجب النقصان بدليل انه لو جاء الاجنبى وقطع ذلك المفصل عمدا وجب القصاص عليه ولو ثبت القصاص بنفس الاستحقاق لما وجب فثبت ان النقصان لا يثبت بمجرد الاستحقاق وانما يثبت بالاستيفاء ولم يوجد فلو وجب النقصان لكان استيفاء الكامل بالناقص والثاني ان سلم ان النقصان يثبت بنفس الاستحقاق والوجوب لكن حكما لا حقيقة والا لول ناقص حقيقة فلم يكن بينهما مماثلة ولو قطع المفصل الاعلى منها فاقتص منه ثم قطع المفصل الثاني وبرى اقتص منه لان اصبع القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل الثاني فيكون استيفاء الناقص بالناقص فتحقت المماثلة ولو كان غيره قطع المفصل الاعلى منها ثم قطع هو المفصل الثاني منها فلا قصاص عليه لانعدام المساواة بين اصبع القاطع والمقطوع وعليه ثلث دية اليد ولو قطع المفصل الاعلى فبرا ثم قطع المفصل الثاني فمات فالولى بالخيار ان شاء قطع المفصل ثم قتل لان فيه استيفاء مثل حقه في القطع والقتل وان شاء ترك المفصل وقتل لان في اتلاف النفس اتلاف الطرف فكان المقصود حاصلًا بخلاف ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احدهما دون الاخرى انه ان كان ذلك كله عمدا فعلى صاحب النفس القصاص في النفس وعلى صاحب الجناية فيمادون النفس القصاص في ذلك ان كان يستطاع وان كان لا يستطاع فالارش وان كان ذلك خطأ فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى صاحب الجراحة فيمادون النفس ارش ذلك وان كان أحدهما عمدا والاخر خطأ فعلى العائد القصاص وعلى الخاطئ الارش ولا يدخل أحدهما في الاخر سواء كان بعد البرء أو قبل البرء ولان الجنايتين اذا كانتا من شخص واحد يمكن جعلهما كجناية واحدة كأنهما حصلا بضربة واحدة واذا كانتا من شخصين لا يمكن ان يجعلهما كجناية واحدة لان جعل فعل أحدهما فعل الاخر لا يتصور فلا بد ان نعتبر فعل كل واحد منهما باقراده سواء برأت الجناية الاولى أو لم تبرأ على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم قطع نصف المفصل الباقي ان كان قبل البرء يقتص منه فيقطع منه المفصل كله لانه اذا كان قبل البرء صار كانه قطع المفصلين جميعا بضربة واحدة ولو كان كذلك يقتص منه و يقطع منه المفصل كله كذا هذا وان كان بعد البرء لا يقتص منه وتجب حكومة العدل في كل نصف لانه لا يمكن استيفاء القصاص من نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب حكومة العدل ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد فقطع المفصل الثاني فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه القصاص في المفصل والحكومة في نصف المفصل لانه يصير كانه قطعهم مادفعة واحدة ولو فعل ذلك لا قصاص عليه لتعذرا الاستيفاء بصفة المماثلة فكان عليه الارش في المفصل وحكومة العدل في نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص في المفصل وحكومة العدل في نصف المفصل لانه اذا برى الاول فقد استقر حكمه والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فثبت ولاية الاستيفاء فلا يمكن استيفاء القصاص في نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب فيه حكومة العدل ولو قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم ان أحدهما قطع من الاخر الذراع من المرفق فلا قصاص فيه وفيه حكومة العدل عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله يجب القصاص كذا ذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر الكرخى عليه الرحمة الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما (وجه) قول أبى يوسف وزفر ان استيفاء القصاص على سبيل المماثلة ممكن لان المحلين استويا والمرق مفصل فكان المثل مقدور الاستيفاء فلا معنى للمصير الى الحكومة كما لو قطع يد انسان من مفصل الزند ولا بى حنيفة ومحمدان القصاص فيمادون النفس يعتمد المساواة في الارش لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا والمساواة في اتلاف الاموال معتبرة ولهذا لا يجري القصاص بين طرفي الذكر والانثى والحر والعبد

لاختلاف الارش وهما لا يعرف التساوي في الارش لان ارش الذراع حكومة العدل وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوي بين ارشيهما لان قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة الوهن والضعف فيه لا تعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين ارشي الساعدين فيمتنع وجوب القصاص وعلى هذا الخلاف اذا قطع يدرجل وفيها اصبع زائدة وفي يد القاطع اصبع زائدة مثل ذلك انه لا قصاص عند أبي حنيفة ومحمد وفيهما حكومة العدل وعند أبي يوسف يجب القصاص لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزائدة في الكف نقص فيها وعيب وهو نقص يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين الكفين ولو قطع أصبعا زائدة وفي يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع لان الاصبع الزائدة في معنى التززل ولا قصاص في المنزل ولا نها نقص ولا تعرف قيمة النقصان الا بالحزر والظن ولا نه ليس لهما ارش مقدر فلا تعرف المماثلة ولو قطع الكف التي فيها أصبع زائدة فان كانت تلك الاصبع توهن الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وان كانت لا تنقصها ففيها القصاص ولا قصاص بين الاشليين كذا روى الحسن عن أبي حنيفة سواء كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا أو أكثرهما سواء وهو قول أبي يوسف وقال زفران كانا سواء ففيهما القصاص وان كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا كان بالخيار ان شاء قطع يد القاطع وان شاء ضمنه ارش يده شلاء وان كانت يد المقطوعة يده أكثرهما شللا فلا قصاص وله ارش يده والصحيح قولنا لان بعض الشلل في يديهما بوجوب اختلاف ارشيهما وذلك يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة وكذلك مقطوع الابهام كلها اذا قطع يدا مثل يده لم يكن بينهما قصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان قطع الابهام يوهن الكف ويسقط تقدير الارش فلا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع يدرجل ثم قتله فان كان بعد البرء لا تدخل اليد في النفس بلا خلاف والولى بالخيار ان شاء قطع يده ثم قتله وان شاء اكتفى بالقتل وان شاء عفا عن النفس وقطع يده وان كان قبل البرء فكذلك في قول أبي حنيفة وفي قولهما تدخل اليد في النفس وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده (وجه) قولهما ان الجناية على مادون النفس اذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس في الشريعة بل يدخل مادون النفس في النفس كما اذا قطع يده خطأ ثم قتله قبل البرء حتى لا يجب عليه ادية النفس ولا في حنيفة رضي الله عنه ان حق المجني عليه في المثل وذلك في القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فاذا قطع المولى يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزاء مثل الجناية جزاء وفاقا لخلاف الخطأ لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان المال ليس بمثل النفس وكان ينبغي أن لا يجب أصلا الا ان وجوبه ثبت معدولا به عن الاصل عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب لعدم البرء مردودة الى حكم الاصل والله تعالى أعلم هذا اذا كانا جميعا عمدا فاما اذا كانا جميعا خطأ فان كان بعد البرء لا يدخل مادون النفس في النفس وتجب دية كاملة ونصف دية تتحملها العاقل وتؤدي في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثالث من نصف الدية وفي السنة الثانية نصف الدية ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف وفي السنة الثالثة ثلث الدية لان الدية الكاملة تؤدي في ثلاث سنين ونصف الدية تؤدي في سنتين من الثلاث وهذا يوجب ان يكون قدر المؤدى منهما وانما لم يدخل مادون النفس في النفس لان الاول لما برأ فقد استقر حكمه فكان الباقي جناية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وان كان قبل البرء يدخل مادون النفس في النفس وتجب دية واحدة لان حكم الاول لم يستقر وان كان أحدهما عمدا والاخر خطأ لا يدخل مادون النفس في النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه سواء كان بعد البرء أو قبله لان العمد مع الخطأ جنيتان مختلفتان فلا يحتملان التداخل فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسه فيجب في العمد القصاص وفي الخطأ الارش هذا كله اذا كان الجاني واحدا فقطع ثم قتل فاما اذا كانا اثنين فقطع أحدهما يده ثم قتله الاخر فلا يدخل مادون النفس في النفس كيف ما كان بعد البرء أو قبله لان الاصل اعتبار كل جناية بحياتها لان كل واحدة منهما جناية على حدة فكان الاصل عدم التداخل

وافراد كل جنابة بحكمها الا ان عند اتحاد الجاني وعدم البرء قد يجعلان كجنابة واحدة كأنهما حصلا بضربة واحدة
تقدير او لا يمكن هذا التقدير عند اختلاف الجاني لاستحالة ان يكون فعل كل واحد منهما فعلا لصاحبه حقيقة
فتعذر التقدير فبقى فعل كل واحد منهما جنابة مفردة حقيقة وتقدر اذ يفر دحكما فان كانتا جميعا عمدا يجب القصاص
على كل واحد منهما من القطع والقتل وان كانتا جميعا خطأ يجب الدية عليهما اي تحمّل عنهما عاقلةتهما في القطع والقتل
وان كان أحدهما عمدا والاخر خطأ يجب القصاص في العمد والارش في الخطأ ولو قطع أصبع بدرجل عمدا و قطع
آخر يده من الزند فمات فالقصاص على الثاني في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله عليهما جميعا وبه
أخذ الشافعي (وجهه) قول زفر ان السراية باعتبار الالم والقطع الاول اتصل ألمه بالنفس وتكامل بالثاني فكانت
السراية مضافة الى الفعلين فيجب القصاص عليهما (ولنا) أن السراية باعتبار الالم المترادفة التي لا تتجه اليها النفس
الى أن يموت وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان قطعاً للسراية فبقيت السراية مضافة الى قطع اليد
وصار كما لو قطع الاصبع فبرئت ثم قطع آخر يده فمات وهناك القصاص على الثاني كذا هذا بل أولى لان القطع
في المنع من الاثر وهو وصول الالم الى النفس فوق البرء اذا البرء يحتمل الانتعاص والقطع لا يحتمل نهم وال الاثر
بالبرء يقطع السراية فزواله بالقطع كان أولى وأحرى واجنى على مادون النفس فسرى فالسراية لا تخلو اما ان كانت
الى النفس واما ان كانت الى عضو آخر فان كانت الى النفس فالجاني لا يخلو اما ان كان متعديا في الجنابة واما ان لم يكن
فان كان متعديا في الجنابة والجنابة بمحيد أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سواء كانت
الجنابة مما توجب القصاص لو برئت أو لا توجب كما اذا قطع يدا انسان من الزند أو من الساعد أو شججه موضحة أو آمة أو
جائفة أو أبان طرفا من أطرافه أو جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه القصاص لانه ما سرى بطل حكم مادون
النفس وتبين انه وقع قتلا من حين وجوده وللولي أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له
أن يقطع يده عندنا وعند الشافعي رحمه الله انه يفعل به مثل ما فعل فان مات من ذلك والاقطله وكذلك اذا قطع رجل
يد رجل ورجليه فمات من ذلك تحز رقبتة عندنا وعندنا يفعل به مثل ما فعل وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو قطع
يده فعفا المقطوع عن القطع ثم سرى الى النفس ومات فان عفا عن الجنابة أو عن القطع وما يحدث منه أو الجراحة وما
يحدث منها فهو عن النفس بالاجماع وان عفا عن القطع أو الجراحة ولم يقل وما يحدث منها الا يكون عفوا عن النفس
وعلى القاطع دية النفس في ماله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما يكون عفوا عن النفس ولا شيء عليه
والمسئلة باخواتها قد مرّت في مسائل العفو عن القصاص في النفس ولو كان له على رجل قصاص في النفس فقطع
يده ثم عفا عن النفس وبرأت اليد ضمن دية اليد في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ونحوه لا ضمان عليه (وجهه)
قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولي القتل والنفس اسم لجملة الاجزاء فاذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه
فلا يضمن ولهذا لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم تكن اليد حقه لوجب الضمان عليه دل انه بالقطع
استوفى حق نفسه فبعد ذلك ان عفا عن النفس فلعفو ينصرف الى القائم لا الى المستوفى كن استوفى بعض دينه ثم
أبرأ الغريم ان الابرأ ينصرف الى ما بقى لا الى المستوفى كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه ان حق من له القصاص
في الفعل وهو القتل لا في المحل وهو النفس أو يقال حقه في النفس لكن في القتل لا في حق القطع لان حقه في المثل
والموجود منه القتل لا القطع ومثل القتل هو القتل فكان أجنبيا عن اليد فاذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو
مستوفى فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية الا انه اذا قطع اليد ثم قتله لا يجب
عليه ضمان اليد وان كان متعديا في القطع مسيئا فيه لانه لا قيمة لها مع اتلاف النفس بالقصاص فلا يضمن كما لو قطع يد
مرتدانه لا يضمن وان كان متعديا في القطع لما قلنا كذا هذا ولانه كان مخيرا بين القصاص وبين العفو فاذا عفا
استند العفو الى الاصل كانه عفا ثم قطع فكان القطع استيفاء غير حقه فيضمن هذا اذا كان متعديا في الجنابة على

مادون النفس فأما إذا لم يكن متعدي فيها فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية في بعضها ولا تجب في البعض وبيان ذلك في مسائل إذا قطع يد رجل عمد أحمى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لا شيء عليه ولو قطع الإمام يد السارق فمات منه لا ضمان على الإمام ولا على بيت المال وكذلك القصاد والبراغ والحجام إذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالاجماع (وجه) قولهما إن الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع فلا يكون مضمونا كالأمام إذا قطع يد السارق فمات منه ولا أبي حنيفة رضي الله عنه أنه استوفى غير حقه لأن حقه في القطع وهو أئى بالقتل لأن القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد فيضمن كما إذا قطع يد إنسان ظاهرا فسرى إلى النفس وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية وهكذا نقول في الإمام أن فعله وقع قتلا إلا أنه لا سبيل إلى إيجاب الضمان للضرورة لأن إقامة الحد مستحقة عليه والتحرر عن السراية ليس في وسعه فلو أوجبنا الضمان لامتنع الأئمة عن إقامة خوفا عن لزوم الضمان وفيه تعطيل الحدود والقطع ليس بمستحق على من له القصاص بل هو مخير فيه والأولى هو العفو ولا ضرورة إلى إسقاط الضمان بعد وجود سببه ولو ضرب امرأته للنشوز فماتت منه يضمن لأن المأذون فيه هو التأديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين أنه وقع قتلا ولو ضرب الأب أو الوصي الصبي للتأديب فمات ضمن في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يضمن وجه قولهما إن الأب والوصي مأذونان في تأديب الصبي وتهذيبه والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضمونا كما لو عزز الإمام إنسانا فمات (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن التأديب اسم لفعل يبقى المؤدب حيا بعده فاذا سرى تبين أنه قتل وليس بتأديب وهما غير مأذونين في القتل ولو ضرب به المعلم أو الاستاذ فمات إن كان الضرب بغير أمر الأب أو الوصي يضمن لأنه متعد في الضرب والمتولد منه يكون مضمونا عليه وإن كان باذنه لا يضمن للضرورة لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرر عنها يمتنع عن التعليم فكان في التضمنين سد باب التعليم بالناس حاجة إلى ذلك فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه الضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الأب لأن لزوم الضمان لا يمنعه عن التأديب لقرط شفتقه على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة ولو قطع يد مريد فأسلم ثم مات فلا شيء على القاطع وهذا يؤيد مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والأصل في هذا أن الجناية إذا وردت على مالمس يضمنون فالسراية لا تكون مضمونة لأن الضمان يجب بالفعل السابق والفعل صادف محلا غير مضمون وكذلك لو قطع يد حر بنى ثم أسلم ثم مات من القطع أنه لا شيء على القاطع لأن الجناية وردت على محل غير مضمون فلا تكون مضمونة وهكذا لو قطع يد عبده ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية لأن يد العبد غير مضمونة في حقه ولو قطع يده وهو مسلم ثم ارتد والعباءة بالله ثم مات فعلى القاطع دية اليد لا غير لأنه أبطل عصمة نفسه بالردة فصارت الردة بمنزلة الإبراء عن السراية ولو رجع إلى الإسلام ثم مات فعلى القاطع دية النفس في قولهما وعند محمد عليه دية اليد لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا أنه لما ارتد فكانه أبرأ القاطع عن السراية وجه قولهما أن الجناية يتعلق حكمها بالابتداء أو بالانتهاء وما بينهما لا يتعلق به حكم والحل ههنا مضمون في الحالين فكانت الجناية مضمونة فيهما فلا تعتبر الردة العارضة فيما بينهما (وأما) قول محمد الردة بمنزلة الإبراء فنعم لكن بشرط الموت عليها لأن حكم الردة موقوف على الإسلام والموت وقد كانت الجناية مضمونة فوقف حكم السراية أيضا وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحقه ثم رجع إلى دار السلام ثم مات من القطع فهو على هذا الخلاف وإن كان القاضي قضى بلحقه ثم عاد مسلما ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يده لا غير بالاجماع لأن لحوقه بدار الحرب يقطع حقوقه بدليل أنه يقسم ماله بين ورثته بعد الحقوق ولا يقسم قبله فصارت كالأبراء عن الجناية ولو قطع يد عبدا خطأ فاعتقه مولاه ثم مات منها فلا شيء على القاطع غير ارش اليد وعتقه كبراء اليد لأن السراية لو كانت مضمونة على الجاني فأما أن تكون مضمونة عليه للمولى (وأما) أن تكون مضمونة عليه للعبد لا سبيل إلى الأول لأن المولى ليس بمالك له بعد العتق ولا

وجه للثاني لما ذكرنا أن السراية تكون تابعة للجناية فالجناية لما لم تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا قلنا إذا باعه المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد في هذا مثل الرمي في قول أبي حنيفة رحمه الله حيث أوجب عليه بالرمي القيمة وإن أعتقه المولى ولم يوجب في القطع إلا إرش اليد لما ذكرنا أن الرمي سبب الإصابة لا محالة فصار جانيه وقت الرمي (فاما) القطع فليس بموجب للسراية لا محالة والله تعالى أعلم وإن كان قطع يد العبد عمداً فاعتقه مولاه ثم مات العبد ينظر إن كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله أن يقتل الجاني في قولهما خلافاً لمحمد وقد مرت المسألة وإن كان له وارث غيره يحجبه عن ميراثه ويدخل معه في ميراثه فلا قصاص لا شتباء المولى على ما مر ولو لم يعتقه بعد القطع ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها فإنه لا تنقطع السراية ويجب نصف القيمة ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا إذا كان خطأ وإن كان عمداً فالمولى أن يقتص بالاجماع ولو كاتبه والمسألة بحالها فبالكتابة يرى عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فإذا مات وكان خطأ لا يجب عليه شيء آخر وإن كان عمداً فإن كان عاجزاً فالمولى أن يقتص لأنه مات عبداً وإن مات عن وفاء فقدمت حرا فينظر إن كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه فلا قصاص عليه ويجب عليه إرش اليد لا غير وإن لم يكن له وارث غير المولى فالمولى أن يقتص عندهما وعند محمد رحمه الله ليس له أن يقتص وعليه إرش اليد لا غير وإن كان القطع بعد الكتابة فمات وكان القطع خطأ أو مات عاجزاً فالقيمة للمولى وإن مات عن وفاء فالقيمة للورثة وإن كان عمداً فإن مات عاجزاً فالمولى أن يقتص وإن مات عن وفاء مات حراً ثم ينظر إن كان مع المولى وارث يحجبه أو يشاركه في الميراث فلا قصاص وإن لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذي ذكرنا والله تعالى أعلم هذا إذا كانت السراية إلى النفس فاما إذا كانت إلى العضو فلا يصل أن الجناية إذا حصلت في عضو فسرت إلى عضو آخر والعضو الثاني لا قصاص فيه فلا قصاص في الأول أيضاً وهذا الأصل يطرد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة في مسائل إذا قطع أصبعاً من يدرجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لأن الموجود من القاطع قطع مشل للكف ولا يقدر المقطوع على مثله فلم يكن المثل ممكن الاستيفاء فلا يجب القصاص ولأن الجناية واحدة فلا يجب بها ضمانان مختلفان وهو القصاص والمال خصوصاً عند اتحاد المحل لأن الكف مع الأصبع بمنزلة عضو واحد وكذا إذا قطع مفصلاً من أصبع فشلت ما بقي أو شلت الكف لما قلنا فإن قال المقطوع أنا أقطع المفصل وأترك ما يبس ليس لذلك لأن الجناية وقعت غير موجبة للقصاص من الأصل لعدم إمكان الاستيفاء على وجه المماثلة على ما بينا فكان الاقتصاص على البعض استيفاء ما لا حق له فيه فيمنع من ذلك كإلوشجه منقلة فقال المشجوج أنا أشجه موضحة وأترك إرش ما زاد لم يكن لذلك وكذلك إذا كسر بعض سن إنسان وأسود ما بقي فليس في شيء من ذلك قصاص لأن قصاصه هو كسر مسود للباقي وذلك غير ممكن ولأن الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين ولو قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه دية الأصبعين وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن في الأول لا قصاص وفي الثاني إرش وجه قولهم إن المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكماً وإن كان متحد حقيقة لتعدد أثره وههنا تعدد الأثر فيجعل فعلين فيفرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص في الأول والدية في الثاني كما لو قطع أصبع إنسان فأنسل السكين إلى أصبع أخرى خطأ فقتلها حتى يجب القصاص في الأول والدية في الثاني وكما لو رمى سهماً إلى إنسان فأصابه وتقدم منه وأصاب آخر حتى يجب القصاص في الأول والدية في الثاني لما قلنا وكذلك هذا وإذا تعددت الجناية تعددت المحل وإذا تعددت المحل تعددت الحكم في الأولى والأرش في الثانية وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه ما ذكرنا أن المستحق فيما دون النفس هو المثل والمثل وهو القطع المشل ههنا غير مقدور الاستيفاء فلا يثبت الاستحقاق ولأن الجناية متحدة حقيقة وهي قطع الأصبع وقد تعلق به ضمان المال فلا يتعلق به ضمان القصاص بخلاف ما إذا قطع أصبعاً عمداً فنفذ السكين إلى أخرى خطأ لأن الموجود

هناك فعلا ن حقيقة فجاز أن يفرد كل واحد منهما بحكم وفي مسألة الرمي جعل الفعل المتعدد حقيقة متعددة شرعا بخلاف الحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة ههنا يحتاج الى الدليل ولو قطع اصبعاً فسقطت الى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما في ظاهر الرواية عنهما يجب في الاول القصاص وفي الثاني الارش وفي رواية ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص فيهما لان من أصله على هذه الرواية أن الجراحة التي فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يجب القصاص فيهما جميعا وههنا يمكن وفيما اذا قطع اصبعاً فشلت أخرى بجنبها لا يمكن فوجب القصاص في الاولى والارش في الثانية وجه ظاهر قولهما على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المحل متعدد وانه يوجب تعدد الفعل عند تعدد الاثر وقد وجد ههنا فيجعل كجنايتين مختلفتين فيتعلق بكل واحدة منهما حكما ولا يوجب حنيفة رضي الله عنه انه لا سبيل الى استيفاء القصاص على وجه المماثلة لان ذلك هو القطع المستقطق للاصبع وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة حقيقة فلا يوجب الاضمانا واحدا وقد وجب المال فلا يجب القصاص ولو قطع اصبع رجل عمدا فسقطت الكف من المفصل فلا قصاص في ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وفيه دية اليد لان استيفاء المثل وهو القطع المستقطق للكف متعذر فيمتنع الوجوب ولان الكف مع الاصبع كعضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بهما ضمان المال فلا يتعلق بهما القصاص وقال أبو يوسف يقتص منه فتقطع يده من المفصل فرق أبو يوسف بين هذا وبين ما اذا قطع اصبعاً فسقطت أخرى الى جنبها انه لا يجب القصاص في الثانية لان الاصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء الى الجملة كما تتحقق من اليد الى النفس والاصبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما الى الآخر فوجب القصاص في الاولى دون الثانية وعلى ما روى محمد رحمه الله في النوادر يجب القصاص ههنا أيضاً كما قال أبو يوسف رحمه الله لانه جناية واحدة وقد سرت الى ما يمكن القصاص فيه فبجعل كانه قطع الكف من الزند ولو كسر بعض سن انسان فسقطت لا قصاص فيه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة لانه لا يمكن الاقتصاص بكسر مستقطق للسن وقال أبو يوسف يجب القصاص كما قال في الاصبع اذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك عند محمد يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من أصله وكذلك لو ضرب سن انسان فتكسر بعضها وتحرك الباقي واستوفي حولا انها ان اسودت فلا قصاص فيها لتعذر استيفاء المثل وهو الكسر المسود وان سقطت فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وفيها الارش لعدم امكان استيفاء المثل وهو الكسر المستقطق فيجب فيها الارش وقال أبو يوسف فيها القصاص كما قال في الاصبع اذا قطعت الكف ولو شج انسانا موضحة متعدها فذهب منها بصره فلا قصاص في قول أبي حنيفة وفيها وفي البصر الارش وقال في الموضحة القصاص وفي البصر الدية ههنا رواية الجامع الصغير عن محمد وروى ابن سماعة في نوادره عنه ان فيهما جميعا القصاص وجه هذه الرواية انه تولد من جناية العمد الى عضو يمكن فيه القصاص فيجب فيه القصاص كما اذا سرى الى النفس وجه ظاهر قولهما ان تلف البصر حصل من طريق التسبب لا من طريق السراية بدليل أن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر وحدث السراية يوجب تغير الجناية كالقطع اذا سرى الى النفس انه لا يبقى قطعاً بل يصير قتلاً وههنا الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت فدل ان ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب والجناية بطريق التسبب لا توجب القصاص كما في حفر البر ونحو ذلك ولو ذهبت عيناه ولسانه وسمعه وجماعه فلا قصاص في شيء من ذلك على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى قولهما في الموضحة القصاص ولا قصاص في العينين في ظاهر قولهما بل فيهما الارش وعلى رواية النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان والسمع والجماع لانه لا يمكن فيهما القصاص اذا قصاص في ذهاب منفعة اللسان والسمع والجماع في الشرع وفي ذهاب البصر قصاص في الشريعة ولو ضرب به بعضا فوضعه ثم عاد فضر به أخرى الى جنبها ثم تأكلتا حتى صارت واحدة فهما موضحتان ولا قصاص فيهما أما على أصل أبي حنيفة رحمه

الله فلعدم امكان استيفاء المثل وهما شجتان موضحتان تأكل بينهما (وأما) على أصلهما فإلان ما تأكل بين
الموضحتين تلف بسبب الجراحة والاتلاف تسبباً لا يوجب القصاص والله سبحانه وتعالى الموفق ولا قصاص في
العين اذا قورت أو فسخت لا نأذا فعلنا ما فعل وهو التقوير والفسخ لا يمكن استيفاء المثل اذ ليس له حسم معلوم وان
أذهبنا ضوءه فلم نفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فامتنع الوجوب وصار كمن قطع يداً من الساعد
أنه لا يجب القصاص لانه لا سبيل الى القطع من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع الوجوب كذا هذا وان ضرب
عليها فذهب ضوءها مع بقاء الحدة على حالها لم تنخسف ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والعين بالعين ولان
القصاص على سبيل المماثلة ممكن بان يجعل على وجهه القطن المبلول وتحمي المرأة وتقرب من عينه حتى يذهب ضوءها
وقيل أول من اهتدى الى ذلك سيدنا علي رضي الله عنه وأشار الى ما ذكرنا فانه روى أنه وقعت هذه الحادثة في زمن
سيدنا عثمان رضي الله عنه فجمع الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم وشاورهم في ذلك فلم يكن عندهم حكمها حتى
جاء سيدنا علي رضي الله عنه وأشار الى ما ذكرنا فلم ينكر عليه أحد فقتضى به سيدنا عثمان بحضور من الصحابة الكرام
رضي الله عنهم فيكون اجماعاً وان انخسفت فلا قصاص لان الثاني قد لا يقع خاسفها فلا يكون مثل الاول وروى
عن أبي يوسف أنه لا قصاص في عين الاحول لان الحول نقص في العين فيكون استيفاء الكامل بالناقص فلا
تحقق المماثلة ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء كذا هذا ولا قصاص في الاشفار والاحفان لانه لا يمكن
استيفاء المثل فيها (وأما) الاذن فان استوعبها ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والاذن بالاذن ولان استيفاء
المثل فيها ممكن فان قطع بعضها فان كان له حد يعرف ففيه القصاص والا فلا (وأما) الانف فان قطع المارن ففيه
القصاص بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لقوله سبحانه وتعالى والانف بالانف ولان استيفاء المثل فيه ممكن لان له
حد معلوم وهو ما لان منه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر استيفاء المثل وان قطع قصبة الانف فلا
قصاص فيه لانه عظم ولا قصاص في العظم ولا في السن لما نذكر ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ان استوعب
ففيه القصاص وقال محمد لا قصاص فيه وان استوعب ولا خلاف بينهما في الحقيقة لان أبا يوسف أراد استيعاب
المارن وفيه القصاص بلا خلاف ومحمد رحمه الله أراد به استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف (وأما) الشفة
فقد روى عن أبي حنيفة انه قال اذا قطع شفة الرجل السفلى أو العليا وكان يستطاع أن يقتص منه ففيه القصاص وذكر
الكرخي رحمه الله انه ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص لا مكان استيفاء المثل عند الاستقصاء وان قطع بعضها فلا
قصاص فيه لعدم الامكان ولا قصاص في عظم الا في السن لانه لا يعلم موضعه ولا يؤمن فيه عن التعدي أيضاً وقد
روى عنه عليه الصلاة والسلام انه لا قصاص في عظم وفي السن القصاص سواء كسر أو قلع لقول الله تبارك وتعالى
والسن بالسن ولانه يمكن استيفاء المثل فيه بان يؤخذ في الكسر من سن الكاسر مثل ما كسر بالمبرد وفي القلع يؤخذ سنه
بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم ويسقط ما سوى ذلك وقيل في القلع انه يقطع سنه لان تحقق المماثلة فيه والا لول استيفاء
على وجه النقصان الا أن في القلع احتمال الزيادة لانه لا يؤمن فيه ان يفعل المقلوع أكثر مما فعل القالع (وأما) اللسان
فان قطع بعضه فلا قصاص فيه لعدم امكان استيفاء المثل وان استوعب فقد ذكر في الاصل أن اللسان لا يقتص فيه
وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله أن القطع اذا كان مستوعباً أمكن استيفاء المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزاء
مثل الجنابة وجه ما ذكر في الاصل أن اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة
وان قطع الحشفة ففيها القصاص لا مكان استيفاء المثل لان لها حد معلوماً وان قطع بعضها أو بعض الذكراً فلا
قصاص فيه لانه لا حد لذلك فلا يمكن القطع بصفة المماثلة فصارت كالقطع بعض اللسان ولو قطع الذكراً من أصله ذكر
في الاصل انه لا قصاص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان عند الاستيعاب أمكن الاستيفاء على وجه
المماثلة فيجب القصاص وجه ما ذكر في الاصل أن الذكراً ينقبض مرة وينبسط أخرى فلا يمكن مراعاة

المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا قصاص في جز شعر الرأس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب واللحية وإن لم ينبت بعد الحلق والتنف (أما) الجز فلا أنه لا يعلم موضعه فلا يمكن أخذ المثل (وأما) الحلق والتنف الموجود من الحلق والناتف فلان المستحق حلق وتنف غير مثبت وذلك ليس في وسع الخلق والمتنوف لجواز أن يقع حلقه وتنفه منبتاً فلا يكون مثل الاول وذكر في النوادر انه يجب القصاص اذا لم ينبت ولم يذ كر حكم ندى المرأة انه هل يجب فيه القصاص أم لا وكذا لم يذ كر حكم الانثيين في وجوب القصاص فيهما وينبغي أن لا يجب القصاص فيهما لان كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفاء المثل (وأما) حلقة ندى المرأة فينبغي أن يجب القصاص فيها لان لها حدا معلوما فيمكن استيفاء المثل فيها كالحشفة ولو ضرب على رأس انسان حتى ذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ماء صلبه فلا قصاص في شيء من ذلك لأنه لا يمكنه أن يضرب ضرباً تذهب به هذه الاشياء فلم يكن استيفاء المثل ممكناً فلا يجب القصاص وكذلك لو ضرب على يدرجل أو رجله فشلت لاقصاص عليه لأنه لا يمكنه أن يضرب ضرباً مشللاً فلم يكن المثل مقدوراً لا استيفاء فلا يجب القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشجاج فلا خلاف في أن الموضحة فيها القصاص لعموم قوله سبحانه وتعالى والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولا أنه يمكن استيفاء القصاص فيها على سبيل المماثلة لان لها حدا انتهى اليه السكين وهو العظم ولا خلاف في أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعدد الاستيفاء فيه على وجه المماثلة لان الهاشمة تهشم العظم والمنقلة تهشم وتنقل بعد الهاشم ولا قصاص في هشم العظم لما بينا والا ملة لا يؤمن فيها من أن ينتهي السكين الى الدماغ فلا يمكن استيفاء القصاص في هذه الشجاج على وجه المماثلة فلا يجب القصاص بخلاف الموضحة (وأما) ما قبل الموضحة فقد ذكر محمد في الاصل أنه يجب القصاص في الموضحة والسحق والباضعة والدامية وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا قصاص في الشجاج الا في الموضحة والسحق ان أمكن القصاص في السحق وروى عن النخعي رحمه الله أنه قال مادون الموضحة خدوش وفيها حكومة عدل وكذا روى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله وعن الشعبي رحمه الله أنه قال مادون الموضحة فيه أجر الطيب (وجه) رواية الحسن رحمه الله أن مادون الموضحة مما ذكرنا لا حد له ينتهي اليه السكين فلا يمكن الاستيفاء بصفة المماثلة (وجه) رواية الاصل أن استيفاء المثل فيه ممكن لأنه يمكن معرفة قدر غور الجراحة بالمسبار ثم اذا عرف قدره به يعمل حديدة على قدره فتنفذ في اللحم الى آخرها فيستوفي منه مثل ما فعل ثم ما يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتصر من الشاج الا في موضع الشجة من المشجوج من مقدم رأسه ومؤخره ووسطه وجنبه لان وجوب القصاص للشين الذي يلحق المشجوج وذايختلف باختلاف المواضع من الرأس ألا ترى أن الشين في مؤخر الرأس لا يكون مثل الشين الذي في مقدمه ولهذا يستوفي على مساحة الشجة من طولها وعرضها ما أمكن لا اختلاف الشين باختلاف الشجة في الصغر والكبر وعلى هذا يخرج ما اذا شج رجلاً موضحة فاخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأس المشجوج وكبر رأس الشاج أنه لا يستوعب ما بين قرني الشاج في القصاص لان في الاستيعاب استيفاء الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن يخير المشجوج ان شاء اقتصر من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته في الطول ثم يكف وان شاء عدل الى الارش لانه وجد حقه ناقصاً لان الشجة الاولى وقعت مستوعبة والثانية لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان شاء استوفي حقه ناقصاً تشفياً للصدر وان شاء عدل الى الارش كما قلنا في الاشل اذا قطع يد الصحيح فان اختار القصاص فله أن يبدأ من أي الجانبين شاء لان كل ذلك حقه فله أن يبتدى من أيهما شاء وان كانت الشجة تأخذ ما بين قرني المشجوج ولا تفضل وهي ما بين قرني الشاج وتفضل عن قرنيه لكبر رأس المشجوج وصغر رأس الشاج فللمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتصر ما بين قرني الشاج لا يزيد على ذلك شيئاً لانه لا سبيل الى استيفاء الزيادة على ما بين قرني الشاج لانه ما زاد على ما بين قرني المشجوج فلا يزداد على ما بين قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصاً اذا الثانية دون الاولى في قدر الجراحة فان شاء رضي

باستيفاء حقه ناقصا واقتصر على ما بين قرني الشاج طلبا للتشفي وان شاء عدل الى الارش وان كانت الشجة لا تأخذ بين قرني المشجوج وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لا يجوز أن يستوعب بين قرني الشاج كله بالقصاص لان الشجة الاولى وقعت غير مستوعبة فلا استيعاب في الجزء يكون زيادة وهذا لا يجوز وان كان ذلك مقدار شجته في المساحة كما لا يجوز استيفاء ما فضل عن قرني الشاج في المسئلة الاولى وان كان ذلك مقدار الشجة الاولى في المساحة وله الخيار لتعذر استيفاء مثل شجته في مقدارها في المساحة في الطول فان شاء اقتصص ونقص عما بين قرني الشاج وان شاء ترك وأخذ الارش وان كانت الشجة في طول راس المشجوج وهي تأخذ من جهته الى قفاه ولا تبلغ من الشاج الى قفاه ينحير المشجوج ان شاء اقتصص مقدار شجته الى مثل موضعها من رأس الشاج لا يزيد عليه وان شاء أخذ الارش لما بينا فيما تقدم وحكي الطحاوي عن علي بن العباس الرازي أنه قال اذا استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج ولم تستوعب ما بين قرني الشاج يقتصص من الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة للصغر والكبر في القصاص بين العضوين كما في اليدين والرجلين انه يجري القصاص بينهما وان كانت احدهما أكبر من الاخرى فكذلك في الشجة وهذا الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع هناك لقوات المنفعة وانها لا تختلف بالصغر والكبر ألا يرى أن اليد الصغيرة قد تكون أكثر منفعة من الكبيرة فاذا لم يختلف ما وجب له لم يختلف الوجوب بخلاف الشجة لان وجوب القصاص فيها للشين الذي يلحق المشجوج وانه يختلف فيزداد بزيادة الشجة وينتقص بنقصانها لذلك افرق الامر ان الله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الجراح فان مات من شئ منها المجروح وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسها وان لم تمت فلا قصاص في شئ منها سواء كانت جائفة أو غيرها لانه لا يمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة ومنها أن يكون الجاني والجاني عليه حرين فان كان أحدهما حراً والآخر عبداً أو كانا عبيدين فلا قصاص فيه ومنها أن يكونا ذكراً أو أنثيين عندنا فان كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى فلا قصاص فيه عندنا بحسبنا وعند الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط ويجري القصاص بين الذكر والانثى فيما دون النفس كما يجري في النفس وهذا الشرطان في الحقيقة عندنا متداخلان لانهما دخلا في شرط المماثلة لان المماثلة في الارش شرط وجوب القصاص فيما دون النفس بدليل أن الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصابع بنقص الاصابع ولما ذكرنا فيما تقدم أن ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال والمماثلة في الاموال في باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين الاحرار والعبيد في الارش لان ارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار قيمته وارش طرف الحر مقدر فلا يوجد التساوي بين ارشيهما ولئن اتفق استواءهما في القدر فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد تعرف بالحزر والظن بتقويم المقومين فلا تعرف المساواة فلا يجب القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد لانهم ان اختلفت قيمتهم فلم يوجد التساوي في الارش وان استوت قيمتهم فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن لانه يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف فلا يعرف التساوي في ارشهم فلا يجب القصاص أو تبقى فيه شبهة العدم والشبهة في باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين الذكور والاناث فيما دون النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعي رحمه الله المساواة في الارش في الاحرار غير معتبرة (وجه) قوله أن القصاص جرى بين تقسيمهما فيجري بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس (ولنا) أنه لا مساواة بين ارشيهما فلا قصاص في طرفيهما كالصحيح مع الاشل ولا قصاص في الاظفار لانعدام المساواة في ارشها لان ارش الظفر الحكومة وانها معتبرة بالحزر والظن والله تعالى الموفق

فصل وأما كون الجناية فيما دون النفس بالسلاح فليس بشرط لوجوب القصاص فيه فسواء كانت سلاح أو غيره يجب فيه القصاص لانه ليس فيما دون النفس شبهة عمد وانما فيه عمد أو خطأ لما ذكرنا فيما تقدم فاستوى فيهما السلاح وغيره هذا الذي ذكرنا شرائط وجوب القصاص فيما دون النفس (وأما) بيان وقت الحكم بالقصاص فيما دون النفس فوقته ما بعد البرء فلا يحكم بالقصاص فيه ما لم يبرأ وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه

الله وقته ما بعد الجناية ولا ينتظر (وجه) قوله أنه وجب القصاص للخال فله أن يستوفي الواجب للخال (ولنا) ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يستفاد من الجراحة حتى يبرأ وروى أن رجلاً جرح حسان بن ثابت رحمه الله في فخذه بعظم فجاء الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال عليه الصلاة والسلام انتظروا ما يكون من صاحبكم فانا والله منتظرون وهو انه يحتمل السراية والجراحة عند السراية تصير قتلاً فيتبين أنه استوفى غير حقه وهذا فرع مسئلة ذكرناها وهي أن الجروح اذا مات بالجراحة يجب القصاص بالنفس عند نال في الطرف وعند الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل وأما الذي فيه دية كاملة فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان سبب الوجوب والثاني في بيان شرائطه أما السبب فهو تقويت المنفعة المقصودة من العضو على الكمال وذلك في الاصل باحد أمرين اباية العضو وازهاب معنى العضو مع بقاء العضو صورة أما الاول فالاعضاء التي تتعلق بانتفاء كمال الدية أنواع ثلاثة نوع لا نظير له في البدن ونوع في البدن منه اثنان ونوع في البدن منه أربعة (أما) الذي لا نظيره في البدن فستة أعضاء أحدها الانف سواء استوعب جدعاً أو قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الانف والثاني اللسان سواء استوعب قطعاً أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله والثالث الذكرك سواء استوعب قطعاً أو قطع الحشفة منه وحدها والاصل فيه ما روى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكرك الدية وفي الانف الدية وفي المارن الدية وروى أنه عليه الصلاة والسلام كتب في كتاب عمرو ابن حزم في النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية ولأنه أبطل المنافع المقصودة من هذه الاعضاء والجمال أيضاً من بعضها فالمقصود من الانف الشم والجمال أيضاً ومن اللسان الكلام ومن الذكرك الجماع والحشفة تتعلق بها منفعة الاتزال وقد زال ذلك كله بالقطع وان كان ذهب بعض الكلام بقطع بعض اللسان دون بعض ففيه حكومة العدل لانه لم يوجد تقويت المنفعة على سبيل الكمال وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجاء فيجب من الدية بقدر ما فات من الحروف وتقلت هذه القضية عن سيدنا علي رضي الله عنه لان المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات بعضه دون بعض فيجب من الدية بقدر الفائت منها لكن انما يدخل في القسمة الحروف التي تفتقر الى اللسان فاما ما لا يفتقر الى اللسان من الشفوية والحلقية كالباء والفاء والهاء ونحوهما فلا تدخل في القسمة والرابع الصلب اذا احدودب بالضرب وانقطع الماء وهو المني فيه دية كاملة لوجود تقويت منفعة الجنس والخامس مسلك البول والسادس مسلك الغائط من المرأة اذا أفضاها انسان فصارت لا تستمسك البول أو الغائط فعليه دية كاملة فان صارت لا تستمسكها فعليه لكل واحد منهما دية كاملة لانه فوت منفعة مقصودة بالعضو على الكمال فيجب عليه كمال الدية (وأما) الاعضاء التي في البدن منها اثنان فالعينان والاذنان والشفتان والحاجبان اذا ذهب شعرهما ولم ينبت والثديان والحلمتان والاثنيان والاصل فيه ما روى عن ابن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال وفي الاذنين الدية وفي العينين الدية وفي الرجلين الدية ولان في القطع كل اثنين من هذين العضوين تقويت منفعة الجنس منفعة مقصودة أو تقويت الجمال على الكمال كمنفعة البصر في العينين والبطش في اليدين والمشي في الرجلين والجمال في الاذنين والحاجبين اذا لم ينبتا والشفتين ومنفعة امساك الريق في احدهما وهي السفلى والثديان وكاء اللبن وفي الحلمتين منفعة الرضاع والاثنيان وكاء المني (وأما) الاعضاء التي منها أربعة في البدن فنوعان أحدهما أشعار العينين وهي منابت الاهداب اذا لم تنبت لما في تقويتها تقويت منفعة البصر والجمال أيضاً على الكمال وفي كل شفر منهن أربع الدية والثاني الاهداب وهي شعر الاشعار اذا لم تنبت لما قلنا (وأما) اذهاب معنى العضو مع بقاء صورته فتحول العقل والبصر والشم والذوق والجماع والايلاد بان ضرب على انسان فذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده بان ضرب على ظهره فذهب ماء صلبه والاصل فيه ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قضى في رجل واحد

باربع ديات ضرب على رأسه فذهب عقله وكلامه وبصره وذكره لانه فوت المنافع المقصودة عن هذه الاعضاء على سبيل الكمال (أما) العقل فلان تقويته تقويت منافع الاعضاء كلها لانه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له بفوت العقل ألا ترى أن أفعال المجانين تخرج تخرج أفعال البهائم فكان اذهابه ابطالا للنفس معنى (وأما) السمع والبصر والكلام والشم والذوق والجماع والايلاد فكل واحد منها منفعة مقصودة وقد فوتها كلها ولو ضرب على رأس رجل فسقط شعره أو على رأس امرأة فسقط شعرها أو حلق لحية رجل أو نتفها أو حلق شعر امرأة ولم ينبت فان كان حرا فقيه الدية عند أصحابنا رضي الله عنهم وعند الشافعي فيه حكومة (وجه) قوله أنه لا يجب كمال الدية الا باتلاف النفس لان الدية بدل النفس الا أن الشرع ورد بذلك عند تقويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك لان تقويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة من وجه ولم يوجد ذلك في حلق الشعر فبقى الحكم فيه مردوداً الى الاصل ولهذا لم يجب في حلق شعر سائر البدن (ولنا) أن الشعر للنساء والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال والدليل عليه ما روى من الحديث ان الله تبارك وتعالى عز وجل خلق في سماء الدنيا ملائكة من تسبيحهم سبحان الذي زين الرجال باللحي والنساء بالذوائب وتقويت الجمال على الكمال في حق الحر يوجب كمال الدية كالمارن والاذن الشاحصة والجامع بينهما اظهار شرف الآدمي وكرامته وشرفه في الجمال فوق شرفه في المنافع ثم تقويت المنافع على الكمال لما أوجب كمال الدية فتقويت الجمال على الكمال أولى بخلاف شعر سائر البدن لانه لا جمال فيه على الكمال لانه لا يظهر للناس فتقويته لا يوجب كمال الدية وقد روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال في الرأس اذا حلق فلم ينبت الدية كاملة وكذا روى عنه أنه قال في اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية وروى أن رجلاً أغلى ماء فصببه على رأس رجل فانسلخ جلده رأسه ففضى سيدنا على رضي الله عنه بالدية وعن الفقيه أبي جعفر الهندي أنه قال انما يجب كمال الدية في اللحية اذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها فاما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وان كانت غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل وليست مما يشين فقيهها حكومة عدل وأما شعر العبد ولحيته فذكر في الاصل أن فيه حكومة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن فيه القيمة (وجه) هذه الرواية أن القيمة في العبيد كالدية في الاحرار فلما وجبت في الحر الدية تجب في العبد القيمة (وجه) رواية الاصل أن الجمال في العبد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمة وتقويت ما ليس بمقصود لا يتعلق به كمال الدية ولو حلق رأس انسان أو لحيته ثم نبت فلا شيء عليه لان النابت قام مقام الثابت فكانه لم يفت الجمال أصلاً وفي الصعر وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية لوجود تقويت منفعة مقصودة وتقويت الجمال على الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط الوجوب (فمنها) أن تكون الجنابة خطأ فيما في عمده القصاص وأما ما لا قصاص في عمده فيستوى فيه العمد والخطأ وقد بينا ما في عمده القصاص وما لا قصاص فيه فيما تقدم (ومنها) أن يكون المجنى عليه ذكراً فان كان أنثى فعليه دية أنثى وهو نصف دية الذكراً سواء كان الجاني ذكراً أو أنثى لا جماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذلك وهو تنصيف دية الانثى من دية الذكراً على ما ذكرنا في دية النفس (ومنها) أن يكون الجاني والمجنى عليه حرين فان كان الجاني حرّاً والمجنى عليه عبداً فلا دية فيه وفيه القيمة في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ثم ان كان قليل القيمة وجبت جميع القيمة وان كان كثير القيمة بان بلغت الدية ينقص من قيمته عشرة كذا روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه انه قال كل شيء من الحرفيه الدية فهو من العبد فيه القيمة وكل شيء من الحرفيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات وعموم هذه الرواية يقتضي أن كل شيء من الحرفيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصده بالمنفعة كالعين واليد والرجل وبين ما يقصده به الجمال والزينة مثل الحاجب والشعر والاذن وهكذا روى الحسن رحمه الله عنه أنه ان حلق أحد حاجبيه فلم ينبت أو نتف أشفار عينيه الاسفل أو الاعلى يعنى اهدابه فلم تنبت أو قطع إحدى شفثيه العليا أو السفلى أن عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال أبو يوسف

رجع أبو حنيفة في حاجب العبد وفي أذنيه وقال فيه حكومة العدل وكذا قال محمد استقبح أبو حنيفة رحمه الله أن يضمن في أذن العبد نصف القيمة وهذا دليل الرجوع أيضاً والحاصل أن الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان وقال محمد الواجب في ذلك كله النقصان يقوم العبد مجنيا عليه ويقوم وليس به الجناية فيغرم الجاني ما بين القيمتين وهو قول أبي يوسف الآخر وقوله الأول مع أبي حنيفة (وجه) قول محمد أن مادون النفس من العبد له حكم المال لأنه خلق لمصلحة النفس كالمال وبذلك لا يجب فيه القصاص ولا تتحملة العاقلة فكان ضمانه ضمان الأموال وضمان الأموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان المال كما في سائر الأموال (وجه) رواية الجمع لأبي حنيفة رضي الله عنه أن القيمة في العبد كالدية في الحر فلما جاز تقدير ضمان جناية الحر بديته جاز تقدير ضمان جناية العبد بقيمته ولأن التقدير قد دخل على الجناية عليه في النفس حتى لا يبلغ الدية إذا كان كثير القيمة فإزان يدخل في ضمان الجناية فيما دون النفس كالحر (ووجه) رواية الفرق له أن الجمال ليس بمقصود في العبيد بل المقصود منهم الخدمة فاما المنفعة فمقصودة من الأحرار والعبيد جميعاً ولأن مادون النفس من العبيد له شبه النفس وشبه المال أما شبه النفس فظاهر لأنه من أجزاء النفس حقيقة (وأما) شبه المال فإنه لا يجب فيه القصاص ولا تتحملة العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل بشبه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة كما لو جنى على النفس ويعمل بشبه المال فيما يقصد به الجمال فلم يقدر ضمانه بالقيمة كما إذا أتلّف المال عملاً بالشبهين بقدر الامكان وقد خرج الجواب عما ذكر محمد من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لأن ذلك عمل بشبه المال وأنه لا ينفي العمل بشبه النفس فيجب العمل بهما جميعاً وذلك فيما قلنا ثم الحر إذا فقأ عيني عبد أنسان أو قطع يديه أو رجله حتى وجب عليه كمال القيمة فلو لا بالخيار أن شاء سلمه إلى الفاق وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أن يمسكه ويأخذ ما نقضه وقال الشافعي رحمه الله أن يمسكه ويأخذ جميع القيمة (وجه) قوله أن الواجب فيه وهو القيمة ضمان العضوين الفائقين لا غير فيبقى الباقي على ملكه كما لو فقأ إحدى عينيه أو قطع إحدى يديه أنه يضمن نصف قيمته ويبقى الباقي على ملك مالكه كذا هذا (وجه) قولهما أن الضمان بمقابلة العينين كما قال الشافعي عليه الرحمة لكن الرقبة هلك من وجه لقوات منفعة الجنس فيخير المولى أن شاء مال إلى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد إلى الفاق لوصول عوض الرقبة إليه وإن شاء مال إلى جهة القيام وأمسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش في المواضع كلها ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما وصل إلى المولى بدل النفس فلو بقي العبد على ملكه لا مجتمع البديل والمبدل في ملك رجل واحد فيما يصح تملكه بعقود المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز اجتماع المبيع والثمن في ملك رجل واحد ولا يلزم ما إذا غصب مدبراً فاقب من يده أن المولى يضمنه قيمته والمدبر على ملكه لأنه لا يحمّل التملك بعقد المعاوضة ولا تلزم الهبة بشرط العوض إذا سلم الهبة ولم يقبض العوض أنه اجتماع على ملك الموهوب له العوض والمعوّض لأن العوض قبل القبض لا يكون عوضاً فلم يجمع العوض والمعوّض ولا يلزم البيع القاسد إذا قبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن لأن الثمن ليس ببديل في البيع القاسد إنما البديل القيمة وقد ملكها البائع حين ملك المشتري المبيع فلم يجمع البديل والمبدل في ملكه ولا يلزم ما إذا اشترى عبداً تجارية على أنه بالخيار فقبض العبد فاعتقهما جميعاً أنه ينفذ اعتاقه فيهما جميعاً وقد اجتمع العوض والمعوّض على ملكه لأنه لما عتقهما ففسد البيع في الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وملكها البائع في مقابلة ملك العبد فلم يجمع العوض والمعوّض ولا يلزم ما إذا استأجر شيئاً وعمل الاجرة أن المؤاجر يملكها والمنافع على ملكه فقد اجتمع البديل والمبدل في ملك واحد لأن المنافع لا تملك عندنا إلا بعد وجودها وكلها وجد جزء منها حدث على ملك المستأجر فلم يجمع العوض والمعوّض على ملك المؤاجر ولا يلزم ما إذا غصب عبداً فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده

جناية أخرى ودفعه بالجنايتين أنه يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها إلى ولي الجناية الأولى ومعلوم أن نصف القيمة عوض عن نصف الرقبة الذي سلم له فقد اجتمع في ملكه وهو نصف العبد العوض والمعوض لأن الممتنع اجتماع العوض والمعوض في ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هناك لأن ولي الجناية إنما يأخذ عوضاً عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعوض في ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة جائز كمن استوهب المبيع من البائع والثمن من المشتري أو ورثهما والله سبحانه وتعالى أعلم وإن كان الجاني عبداً والجنى عليه حراً أو كانا جميعاً عبيدين فحكم هذه الجناية وجوب الدفع إلا أن يختار المولى القداء على ما ذكرنا في جنايات العبيد والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في وأما الذي يجب فيه إرش مقدّر في كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية في أحدهما نصف الدية من إحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والحاجبين إذا لم تنبت والشفيتين والأنايين والثديين والحمليتين لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كتب في كتاب عمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولأن كل الدية عند قطع العضوين ينقسم عليهما فيكون في أحدهما النصف لأن وجوب الكل في العضوين لتقويت كل المنفعة المقصودة من العضوين والفائت بقطع أحدهما النصف فيجب فيه نصف الدية ويستوى فيه اليمين واليسار لأن الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسواء ذهب بالجناية على العين أو البصر دون الشحمة أو ذهب البصر مع الشحمة لأن المقصود من العين البصر والشحمة فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سواء عند عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم وروى عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه فصل بينهما فأوجب في السفلى الثلثين وفي العليا الثلث لزيادة جمال في العليا ومنفعة في السفلى وبقية الصحابة سواهما وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح وإبراهيم رضي الله عنهما وغيرهما سواء قطع الحلمة من ثدى المرأة أو قطع الثدي وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدى تبع لأن المقصود من الثدي وهو منفعة الرضاع يقوت بفوات الحلمة وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين إذا كان قبل البرء من الأولى لأن الجناية لا تستقر قبل البرء فإذا اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كأنه أوقعهما معاً وفي أصابع اليدين والرجلين في كل واحدة منها عشر الدية وهي في ذلك سواء لأفضل لبعض على بعض والأصل فيه ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في كل أصبع عشر من الأبل من غير فصل بين أصبع وأصبع وروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال هذه وهذه سواء وأشار إلى الخنصر والأبهام وسواء قطع أصابع اليد وحدها أو قطع الكف ومعها الأصابع وكذلك القدم مع الأصابع لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الأصابع في كل أصبع عشر من الأبل من غير فصل بين ما إذا قطع الأصابع وحدها أو قطع الكف التي فيها الأصابع ولأن الأصابع أصل والكف تابعة لها لأن المنفعة المقصودة من اليد البطش وإنما تحصل بالأصابع فكان اتلافها اتلافاً لليد وسواء قطع الأصابع أو شل من الجراحة أو يبس ففيه عقلة تاماً لأن المقصود منه يقوت وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلاث دية الأصابع وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الأصابع لأن ما في الأصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما في اليد على عدد الأصابع وفي إحدى أشعار العينين ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلاث ثلاثة أرباع الدية إن لم ينبت لأن في الأشعار كلها كل الدية فتقسم الدية على عددها كما تقسم الدية على اليدين وإن نبت فلا شيء فيه وسواء قطع الشفر وحده أو قطع معه الجفن لأن الجفن تبع للشفر كالکف والقدم للأصابع وكذا أهداب العينين إذا لم تنبت حكمها حكم الأشعار وفي كل سن خمس من الأبل يستوى فيه المقدم والمؤخر والثنايا والأضراس والأنياب والأصل فيه ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في كل سن خمس من الأبل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس من فضل إرش الطواحن على إرش الضواحك وهذا غير سد بدلان الحديث

لا يوجب الفضل وهذا لا يجري على قياس الاصابع لان الشرع ورد في كل سن بخمس من الابل لان الاسنان
اثنان وثلاثون فيزيد الواجب في جملتها على قدر الدية ولو ضرب رجلا ضربة فالتى أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة
اخماس الدية لان جملة الاسنان اثنان وثلاثون سنًا وعشرون ضرسًا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك في كل
سن نصف عشر الدية فيكون جملتها ستة عشر ألف درهم وهي دية وثلاثة اخماس دية تؤدى هذه الجملة في ثلاث سنين
في السنة الاولى ثلث الدية ثلث من ذلك من الدية الكاملة وهي عشرة آلاف درهم وثلث من ثلاثة اخماس الدية وهي
ستة آلاف درهم وفي السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة والباقي من ثلاثة اخماس الدية وفي السنة الثالثة ثلث الدية
وهو ما بقي من الدية الكاملة وانما كان كذلك لان الدية الكاملة تؤدى في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها وثلاثة
اخماس الدية وهي ستة آلاف درهم تؤدى في سنتين من السنين الثلاث وهذا يلزم أن يكون قدر المؤدى من الدية
الكاملة والناقصة في السنتين الاوليين وقدر المؤدى من الدية الكاملة في السنة الثالثة ما وصفنا والله سبحانه وتعالى
أعلم ولو ضرب أسنان رجل وتحركت ينتظر بها حولا لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال يستأني بالجراح
حتى تبرأ والتقدير بالسنة لانها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت وسواء كان المضروب صغيراً
أو كبيراً كذا روى في المجرى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يؤجل سنة سواء كان صغيراً أو كبيراً وقال أبو يوسف
رحمه الله ينتظر في الصغير ولا ينتظر في الرجل وعن محمد رحمه الله أنه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر وجه
قوله أن السن اذا تحركت قد تثبت وقد تسقط فاما اذا سقطت فالظاهر انها لا تثبت وجه قول أبي يوسف في الفرق
بين الصغير والكبير أن سن الصغير يثبت ظاهر أو غالباً وسن الكبير لا تثبت ظاهراً وجه قول أبي حنيفة رضي الله
عنه أن احتمال النبات ثابت فيجب التوقف فيه فان اشتدت ولم تسقط فلا شيء فيها وروى عن أبي يوسف رحمه
الله فيها حكومة عدل وان تغيرت فان كان التغير الى السواد أو الى الحمرة أو الى الخضرة ففيها الارش تماماً لانه ذهبت
منفعتهم وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العضو وان كان التغير الى الصفرة ففيها حكومة العدل وروى عن أبي
حنيفة رضي الله عنه انه ان كان حراً فلا شيء فيه وان كان مملوكاً ففيه الحكومة وهذه الرواية لا تكاد تصح عنه لان الحر
أولى بإيجاب الارش من العبد وقال زفر رحمه الله في الصفرة الارش تماماً كإيفاء السواد لان كل ذلك يفوت الجمال
(ولنا) أن الصفرة لا توجب فوات المنفعة وانما توجب نقصانها فتوجب حكومة العدل وروى عن أبي يوسف
انه ان كثرت الصفرة حتى تكون عيباً كعيب الحمرة والخضرة ففيها عتقها تماماً ويجب أن يكون هذا قولهم جميعاً وان
سقطت فان ثبت مكانها أخرى ينظر ان ثبتت حميجة فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف
رحمه الله عليه الارش كاملاً كذا ذكر الكرخي رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاري رحمه الله أن على
قول أبي يوسف فيها حكومة العدل وجه قول أبي يوسف أنه فوت السن والنابت لا يكون عوضاً عن الفات لان
هذا العوض من الله تبارك وتعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن أتلف مال انسان ثم ان الله تبارك وتعالى رزق
المتلف عليه مثل المتلف ولا يبي حنيفة رحمه الله أن السن يستأني بها فلولاً أن الحكم يختلف بالنبات لم يكن للاستيناء فيه
معنى لانه لما ثبتت فقد عادت المنفعة والجمال وقامت الثانية مقام الاولى كان الاولى قائمة كسن الصبي هذا اذا ثبتت
بنفسها فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكامله لان المعادة لا ينتفع بها
لا تقطاع العروق بل يبطل بأدنى شيء فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا جعلها محمداً في حكم الميتة حتى قال ان
كانت أكثر من قدر الدرهم لم تحجز الصلاة معها وأبو يوسف رحمه الله فرق بين سن نفسه وسن غيره فأجاز الصلاة في سن
نفسه دون سن غيره وعلى هذا اذا قطع أذنه فخاطبها فالتحمت انه لا يسقط عنه الارش لانها لا تعود الى ما كانت
عليه فلا يعود الجمال هذا اذا ثبتت مكانها أخرى حميجة فاما اذا ثبتت معوجة ففيها حكومة العدل بالاجماع وان ثبتت
متغيرة بان ثبتت سوداء أو حمراء أو خضراء أو صفراء فحكمها حكم مالو كانت قائمة فتغيرت بالضربة لان النابت قام مقام

الذاهب فكان الاولى قاعة وتغيرت وقد بينا حكم ذلك (وأما) سن الصبي اذا ضرب عليها فسقطت فان كان قد نثر
فسنه وسن البالغ سواء وقد ذكرناه وان كان قبل ان ينثر فان لم تنبت أو نبتت متغيرة فكذلك وان نبتت صحيحة
فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما في سن البالغ وفي قول أبي يوسف رحمه الله فيها حكومة الالم
فرق أبو يوسف على ما ذكره الكرخي رحمه الله بين سن البالغ والصبي لان سن الصبي اذا لم ينثر لا نبات له
الا على شرف السقوط بخلاف سن البالغ وهذه فرعية مسألة الشجرة اذا التحمت ونبت الشعر عليها أنه
لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه الرحمة فيها حكومة الالم وعند محمد عليه الرحمة فيها
أجرة الطبيب والمسألة تأتي في بيان حكم الشجاج ان شاء الله تعالى ولو ضرب على سن انسان فتحرك فأجله
القاضي سنة تم جاء المضروب وقد سقطت سنه فقال انما سقطت من ضربتك وقال الضارب ما سقطت
بضربتي فالمضروب لا يخلو (أما) ان جاء في السنة (وأما) أن جاء بعدمضى السنة فان جاء في السنة
فالتقياس أن يكون القول قول الضارب وفي الاستحسان القول قول المضروب ولو شج رأس انسان موضحة
فصارت منقلة فاختل في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة بضربتك وعليك ارش المنقلة وقال الشاج لابل
صارت منقلة بضربة أخرى حدثت فالتقياس على السن ان يكون القول قول الشاج وفي الاستحسان القول قول
المشجوج وللتقياس وجهان أحدهما أن المضروب والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما
ينكران والقول قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع التعارض بين قوليهما والضمان لم يكن واجبا فلا تجب بالشك والى
هذا أشار محمد في الاصل فقال استحسن في السن لورود الاثر والاثر عن ابراهيم النخعي رحمه الله والاستحسان
وجهان من الفرق أحدهما أن الظاهر شاهد للمضروب في مسألة السن لان سبب السقوط حصل من الضارب
وهو الضرب المحرك لان التحرك سبب السقوط فكان الظاهر شاهد للمضروب بخلاف الشجرة لان الشجرة
الموضحة لا تكون سببا لصيرورتها منقلة فلم يكن الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر والثاني أنه لما
جرى التأجيل حولا في السن والتأجيل مدة الحول لا انتظار ما يكون من الضربة فاذا جاء في الحول وقد سقطت سنه
فقد جاء بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا له (فاما) الشجرة فلم يقدري انتظارها
وقت فكان القول قول الشاج في قدر الشجرة وان جاء بعدمضى السنة فالقول قول الضارب لان التأجيل مدة الحول
لا استقرار حال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة فاذا لم يحجى دل على سلامتها عن السقوط بالضربة فكان السقوط
محالا الى سبب حادث فكان الظاهر شاهد للضارب أو لم يشهد لأحدهما فيبقى المضروب مدعيا ضمنا على
الضارب وهو ينكر فالقول قوله أو يقع التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان لا يجب بالشك وكذا
على الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لا انتظار حال السن فاحتمل السقوط من ضربة أخرى من غيره واحتمل
من ضربته فلا يمكن القول بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما)
الشجاج فالكلام في الشجرة يقع في موضعين أحدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني في بيان حكمها بغيرها أما الاول
فالموضحة اذا برئت وبقي لها أثر ففيها خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث
الدية هكذا روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة
خمس عشر وفي الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدر وان لم يبق لها أثر بان التحمت
ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف عليه حكومة الالم وقال محمد عليه
أجرة الطبيب (وجه) قوله أن أجرة الطبيب انما ألزمته بسبب هذه الشجرة فكانه أتلّف عليه هذا القدر من المال
ولا يبي يوسف أن الشجرة قد تحققت ولا سبيل الى اهدارها وقد تعذر ايجاب ارش الشجرة فيجب ارش الالم (وجه)
قول أبي حنيفة رحمه الله ان الارش انما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالآثر وقد زال ذلك فسقط الارش

والقول بلزوم حكومة الالم غير سديد لان مجرد الالم لا ضمان له في الشرع كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا وكذا الجاني
أجرة الطبيب لان المنافع على أصل أحوالنا رضى الله عنهم لا تقوم مالا بالعقد أو شبهة العقد ولم يوجد في حق الجاني
العقد ولا شبهته فلا يجب عليه أجرة الطبيب (وأما) حكمها بغيرها بان شج رأس انسان موضحة فسقط شعر رأسه
أو ذهب عقله أو بصره أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو إيلاده فلا شك في انه يجب عليه ارش هذه
الاشياء وهل يجب عليه ارش الموضحة أم يدخل في ارشها عندهما لا يدخل ارش الموضحة الا في الشعر والعقل ولا
يدخل فيما وراء ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله في الاملاء يدخل في الكل الا في البصر وقال الحسن بن زياد رحمه
الله لا يدخل الا في الشعر فقط وقال زفر رحمه الله لا يدخل في شئ من ذلك أصلا (وجه) قوله أن الشجة وازهاب
الشعر والعقل وغيرهما جنايتان مختلفتان فلا يدخل احدهما في الاخرى كسائر الجنايات من قطع اليدين والرجلين
وينحو ذلك (وجه) قول الحسن رحمه الله انهما جنايتان مختلفتان لمحلها والمقصود منهما فلا يدخل ارش احدهما في
الاخرى كارش اليمين والرجلين ولا ييوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيدخل
فيها ارش الموضحة كالعقل (وأما) البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة كاليد والرجل وهذا الفرق يبطل
بالشعر لانه ظاهر ويدخل ارش الموضحة فيه ولا يي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الفرق بين الشعر والعقل وبين
غيرهما ووجهه أن في الشعر الجنابة حلت في عضو واحد بفعل واحد سبب واحد (وأما) اتحاد العضو فلا شك
فيه لان كل ذلك حصل في الرأس (وأما) العقل فلانه لم يوجد منه الا الشجة (وأما) اتحاد السبب فلان دية الشعر
تجب بفوات الشعر وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر فكان سبب وجوبها واحدا فيدخل الجزء في
الكل كما اذا قطع رجل اصبع رجل فشلت اليد ان ارش الاصبع يدخل في دية اليد كذا هذا وفي العقل الواجب دية
النفس من حيث المعنى لان جميع منافع النفس يتعلق به فكان تقويته تقويت النفس معنى فكان الواجب دية
النفس فيدخل فيه ارش الموضحة كما اذا شج رأسه موضحة فسرى الى النفس فمات والله سبحانه وتعالى أعلم
(وأما) السمع والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف السبب والمحل لان سبب الوجوب في كل واحد منهما
تقويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب والمقصود فامتنع التداخل وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله
عنه انه قضى في شجة واحدة باربع ديات فان اختلف في ذهاب البصر والسمع والكلام والشم فطريق معرفتها
اعتراف الجاني وتصديق المجنى عليه أو نكوله عن اليمين وقد يعرف البصر بنظر الاطباء بان ينظر اليه طبيبان عدلان
لانه ظاهر يمكن معرفته وقد قيل يمتحن بالقاء حية بين يديه وفي السمع يستغفل المدعى كما روى عن اسماعيل بن حماد
ابن أبي حنيفة رضى الله تعالى عنهم ان رجلا ضرب امرأة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشاغل عنها بالنظر في القضاء
ثم التفت اليها وقال يا هذه غطي عورتك فجمعت ذيلها فعلم انها كاذبة في دعواها وفي الكلام يستغفل أيضا وفي
الشم يختبر بالروائح الكريهة وسواء ذهب جميع هذه الاشياء بالشجة أو ذهب بعضها دون البعض الاجتماع
والافتراق في هذا سواء لان التداخل فيما يجري فيه التداخل ليس للكثرة بل لما ذكرنا من المعنى وانه لا يوجب
الفصل بين الاجتماع والافتراق ولا تدخل ديات هذه الاشياء بعضها في بعض الا عند السراية انه يسقط ذلك كله
وعليه دية النفس لا غير لما ذكرنا ان كل واحد من هذه الاشياء من السمع والبصر والكلام ونحوها أصل بنفسه
لا اختصاصه بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعالصاحبه في الارش وانما دخلت ارشها في دية النفس
عند السراية لان الاعضاء كلها تابعة للنفس فتدخل ارشها في دية النفس ثم ان كان الاول خطأ تتحمل العاقلة وان
كان عمدا فدية النفس في ماله وكل ذلك في ثلاث سنين وسواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو منقولة أو أمة
فالشجاج كلها في التداخل سواء لان المعنى لا يوجب الفصل وسواء قلت الشجاج أو كثرت بعد أن لا يجاوز ارشها
الدية حتى لو كانت آمتين أو ثلاث أو اوم وذهب منها الشعر أو العقل يدخل ارشها في الشعر والعقل وان كانت أربع أو اوم

يدخل قدر الدية لا غير ويجب فيه ادية وثلاث دية لان الكثير لا يتبع القليل في اداون النفس وعلى قول زفر رحمه الله عليه ديتان وتلت دية لانه لا يرى التداخل في الشجاج أصلاً ورأساً ولو سقطت بالموضحة بعض شعر رأسه بنظر الى ارش الموضحة والى حكومة العدل في الشعر فان كانا سواء لا يجب الا ارش الموضحة وان كان أحدهما أكثر يدخل الاقل في الاكثر أيهما كان لانهما يجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء في الجملة ولو كانت الشجة في حاجبه فسقط ولم ينبت يدخل ارش الموضحة في ارش الحاجب وهو نصف الدية كما يدخل في ارش الشعر لما قلنا وهذه المسائل من الشجاج الخطأ (فاما) اذا كانت الشجة عمداً فذهب منها العقل أو الشعر أو السمع أو غيره ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وما يلحق بمسائل التداخل ما اذا قطعت اليد وفيها اصبع واحدة أو اصبعان أو ثلاث أو أكثر من ذلك أو أقل وجملة الكلام فيه انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعد أنجب دية الاصابع ولا شيء في الكف في قولهم جميعاً لان الكف تبع لجميع الاصابع بدليل انه اذا قطع الكف يجب عليه ارش الاصابع لا غير ولا يجب لاجل الكف شيء فاذا بقي أكثر الاصابع فلا أكثر حكم الكل وان بقي من الكف أقل من ثلاث أصابع يجب ارش ما بقي منها وان كان مفصلاً واحداً أو لا يجب في الكف شيء في قول أبي حنيفة والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله انه اذا بقي من الاصابع شيء له ارش معلوم ولو مفصلاً واحداً دخل ارش اليد فيه حتى لو لم يكن في الكف الا ثلث مفصل من أصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان الكف فعليه ثلث خمس دية اليد ولو كان فيها اصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها أصبعان فعليه خمس دية اليد وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في الرواية المشهورة عنهما يدخل القليل في الكثير أيهما كان فينظر الى حكومة الكف والى ارش ما بقي من الاصابع فيدخل أقلهما في أكثرهما أيهما كان لان القليل يتبع الكثير لا عكساً فيدخل القليل في الكثير ولا يدخل الكثير في القليل (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان ما بقي من الاصابع أو من مفاصلها فهو أصل لان له ارشاً مقدراً والكف ليس له ارش مقدر وهي متصلة بالاصابع فيتبعها في ارشها كما يتبع جميع الاصابع أو أكثرها ونظير هذا ما قالوا في القسامة انه ما بقي واحد من أهل المحلة فالقسامة عليهم لا على المشتركين وكذلك الوصية لولد فلان أنه ما بقي له ولد من صلبه وان كان واحداً لا يدخل ولد الولد في الوصية وقال أبو يوسف اذا قطع كفاً لأصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها ارش اصبع لان الواحدة يتبعها الكف في قول أبي حنيفة رحمه الله والتبع لا يساوي المتبوع في الارش ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطأ ففي الكف مع الاصابع الدية وفي الذراع حكومة العدل في قولهما وقال أبو يوسف تجب دية اليد والذراع تبع وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله واحتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو والخصوص من رؤس الاصابع الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بماله ارش مقدر يتبعه في الارش كالكف مع الاصابع (وجه) قولهما أن الدية انما تجب في الاصابع والكف تابعة للاصابع بدليل انه اذا أفرد الاصابع بالقطع يجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف لا يجب الا نصف الدية أيضاً فلو جعل الذراع تبعاً لكان لا يخلو اما ان يجعل تبعاً للاصابع (واما) أن يجعل تبعاً للكف لا سبيل الى الاول لان بينهما عضو فاصل وهو الكف فلا يكون تبعاً لها ولا وجه للثاني لان الكف تابعة في نفسها فلا تستتبع غيرها وعلى هذا الخلاف اذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ والاصل عند أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ان أصابع اليد لا يتبعها الا الكف فلا يدخل في ارشها غير ارش الكف وكذلك أصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل في ارشها غير ارش القدم والاصل عند أبي يوسف وابن أبي ليلى ان ما فوق الكف من اليد يتبع وكذا ما فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع في المتبوع كما يدخل ارش الكف في الاصابع (واما) الجراح ففي الجائفة ثلث الدية لما روى عنه عليه الصلاة

والسلام انه قال في الجائفة ثلث الدية فان نفذت الى الجانب الآخر فهما جائفتان وفيهما ثلثا الدية وقد روى عن سيدنا أبي بكر الصديق أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام ولم ينقل انه خالفه في ذلك أحد منهم فيكون اجماعا وعلى هذا يخرج ما اذارى امرأة بحجر فأصاب فرجها فافضاها به بان جعل موضع البول والغائط واحدا وهي تستمسك البول ان عليه ثلث الدية لان هذا في معنى الجائفة وجملة الكلام ان المفضاة لا يخلو (اما) ان كانت أجنبية (واما) ان كانت زوجته والافضاء لا يخلو (اما) أن يكون بالآلة (واما) أن يكون بالحجر أو بالخشب أو الاصبع وما يجري مجراه فان كانت أجنبية والافضاء بالآلة فان كانت مطاوعة ولم يوجد دعوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر على الرجل لان العقر مع الحد لا يجتمعان ولا ارش لها بالا فضاء سواء كانت تستمسك البول أولا تستمسك لان التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع كذا هذا وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضا وعلى الزوج العقر لان الوطء لا يخلو من ايجاب حد او غرامة ولا ارش لها بالا فضاء لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع العقر لا يجتمعان وعلى الرجل الارش بالا فضاء لعدم الرضا منها بذلك ثم ان كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه جائفة وان كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود اتلاف العضو بتقويت منفعة الحبس وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها أيضا لوجود الاكراه ولها الارش بالا فضاء لما ذكرنا ثم ان كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لانها جائفة وكال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها في قولهما وعند محمد رحمه الله لها المهر والدية وجه قوله ان سبب وجوب المهر والدية مختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة والدية تجب باتلاف العضو فلا يدخل أحدهما في الآخر ولهذا لم يدخل المهر في ثلث الدية فيما اذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية كذا هذا ولهما أن سبب الوجوب متحد لان الدية تجب باتلاف هذا العضو والعقر يجب باتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة باجزاء البضع فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان الجزء والكل اذا وجد السبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل كالأب اذا استولد جارية ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا كذا هذا وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمسك فعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما لا يجمع بينهما بل الاقل يدخل في الآخر كما يدخل ارش الموضحة في دية الشعر فكانت المسئلة ممنوعة ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم لان المنافي لضمان الجزء هو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد هذا اذا كان الافضاء بالآلة (فاما) اذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه كالجواب في الفصل الاول في الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان الارش في هذا الفصل يجب في ماله وفي الفصل الاول تتحملة العاقلة لان الافضاء بالآلة يكون في معنى الخطأ وبغيرها يكون عمدا وقال بعض مشايخنا لا وجه لا يجاب المهر في هذا الفصل لان وجوبه متعلق بقضاء الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيما لامر البضاع كما الحق الا يلاج بدون الانزال بالا يلاج مع الانزال في وجوب الحد وغيره من الاحكام مع قيام شبهة القصور في قضاء الشهوة تفخيم الشأن العروج والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت المرأة أجنبية (فاما) اذا كانت زوجته فافضاها فلا شيء عليه سواء كانت تستمسك البول أولا تستمسك في قولهما وقال أبو يوسف ان كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله وان كانت تستمسك فعليه ثلث الدية في ماله (وجه) قوله انه مأذون في الوطء لا في الافضاء فكان متعديا في الافضاء فكان مضمونا عليه (ولهما) ان الوطء مأذون فيه شرعا فالتولد منه لا يكون

مضمونا كالبكارة ولو وطئ زوجته فمات فلا شيء عليه في قولهما وقال أبو يوسف على عاقلة الدية (وجه)
قوله على نحو ما ذكرنا في الإفضاء أنه مأذون في الوطء لا في القتل وهذا قتل فكان مضمونا عليه إلا أن ضمان هذا
على العاقلة وضمن الإفضاء في ماله لأن الإفضاء لا يكون إلا بالمجاوزة عن المعتاد فكان عمدا فكان الواجب
به في ماله (فأما) القتل فغير مقصود بهذا الفعل في معنى الخطأ فتحملة العاقلة (وأما) وجه قولهما فعلى نحو ما ذكرنا
في الإفضاء ولو وطئها فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعا لأن الكسر لا يتولد من الوطء المأذون فيه بل هو فعل
مبتدأ فكان فعلا تعديا محضا فكان مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) سائر جراح البدن إذا
برئت وبقى لها أثر فقيها حكومة العدل وإن لم يبق لها أثر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما بينا في الشجة
وإن مات فالجراحة لا تخلو (أما) أن كانت من واحد (وأما) أن كانت من عدد فإن كانت من واحد ففيها
القصاص إن كانت عمدا والدية إن كانت خطأ وإن كانت من عدد فالجراحة المجتمعة من أعداد (أما) أن كانت
كلها مضمونة (وأما) أن كان بعضها مضمونا والبعض غير مضمون فإن كان الكل مضمونا بان جرحه رجل
جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى خطأ فمات من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين وسواء جرحه أحدهما
جراحة واحدة والاخر جرحه جرحتين أو أكثر لا ينظر إلى عدد الجراحات وإنما ينظر إلى الجراح لأن الإنسان
قديموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشرة ويسلم من واحدة حتى لو جرحه أحدهما جراحة
واحدة والاخر عشر جراحات فمات من ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك إذا جرحه رجل جراحة
واحدة وجرحه آخر جرحتين وآخر ثلاث فمات من ذلك كله كانت الدية بينهما أثلاثا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما إذا
جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فعفا الجرح وح للجراح عن جراحة واحدة من العشر وما
يحدث منها ثم مات من ذلك إن على صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة الربع ويسقط
الربع لأنه لما سقط اعتبار عدد الجراحات كانت الجراحة الواحدة كالعشر في الضمان ثم لما عفا عن واحدة من
الجراحات العشر انقسمت العشر فتغير حكمها فصارت تسعة منها الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن الواحدة من
العشرة الربع وبقى الربع تبعاً للتسعة وإن كان البعض مضمونا والبعض غير مضمون ينقسم الضمان فيسقط بقدر
ما ليس بمضمون ويبقى بقدر المضمون وعلى هذا يخرج ما إذا جرح رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك
إن على الرجل نصف الدية ونصفها هدر لأنه مات بجرحتين أحدهما مضمونة والاخرى ليست بمضمونة فانقسم
الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقى بقدر المضمون وكذلك لو جرحه الرجل جرحتين والسبع جراحة
واحدة أو جرحه السبع جرحتين والرجل جراحة واحدة فمات من ذلك أنه يجب على الرجل نصف الدية ويهدر
النصف لأنه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرجه
خراج وأصابه حجر رمت به الرمح فمات من ذلك فعل الرجل نصف الدية ويهدر النصف والأصل أنه يجعل
الجراحات التي ليس لها حكم يلزم أحدا كجراحة واحدة ويصير كأنه مات من جرحتين أحدهما مضمونة
والاخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف الدية ويبطل نصفها سواء كثر عدد الهدر أو قل هو كجراحة واحدة لأن
الهدر له حكم واحد فصارت الجراحات التي الواحدان في الحكم كجراحة واحدة كذا هذا وكذلك لو جرحه
رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى ثم انضم إلى ذلك شيء مما ذكرناه لا حكم له يلزم فاعله فإن على كل رجل
ثلث الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا أن الهدر من الجراحات وإن كثر فهو كجراحة واحدة وكل واحدة من جراحات
الرجلين مضمونة فمات من ثلاث جراحات جرحتان منها مضمونتان وجراحة هدر فتقسم الدية أثلاثا فيسقط
قدر ما ليس بمضمون وهو الثلث ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان فإن كان لبعض الجنايات مجازاة مختلفة الأحكام فانه
يقسم ما يخصه على جناياته بعد ما قسم عدد الجنايات على أحكام الجنايات وذلك نحو رجل أمر رجلا أن يقطع يده لعله بها

ثم ان المأمور جرح الا مـر جراحة أخرى بغير أمره ثم جرحه رجلا ن آخر ان كل واحد منهما جراحة ثم عقره سبع
ثم نهشته حية وخرج به خراج فمات من ذلك كله تقسم الدية أرباعا لان الموت حصل من أرباع جنایات لان الهدر
من الجنایات لها حكم جنایة واحدة وجراحا المأمور وان اختلف حكمهما فانهما حصلا من رجل واحد فلا يثبت
لهما في حق شركائه الا حكم جنایة واحدة فثبت ان الموت حصل من أرباع جنایات فكانت قسمة الدية أرباعا هدر
الر بع منها وبقيت ثلاثة أرباع تقسم على الجنایات الثلاثة فيكون على كل واحد منهم الر بع ثم ما أصاب المأمور
بالقطع تقسم حصته وهي الر بع على جراحته فاحدا هما مضمونة وهي التي فعلها بغير أمر المجر وح والاخرى غير
مضمونة وهي التي فعلها بأمره وهي القطع فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الر بع وهو الثمن وبقي قدر ما هو
مضمون وهو نصف الر بع الا آخر وهو الثمن الا آخر والله سبحانه وتعالى أعلم ولوان رجلا أمر عشرة أن
يضر بواعبده أمر كل واحد منهم أن يضر به سوطا فضر به كل واحد منهم ما أمره ثم ضرب به رجل آخر لم يأمره سوطاً
فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر ارش السوط الذي ضربه من قيمته مضر وباعشرة أسواط وعليه أيضا جزء من
أحد عشر جزءاً من قيمته مضر وبأحد عشر سوطاً وانما كان كذلك (أما) وجوب ارش السوط الذي ضربه
فلانه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان (وأما) اعتبار قيمة العبد مضر وباعشرة أسواط فلانه ضربه
بعد ما انتقص من ضرب العشرة وذلك حصل من فعل غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادى
عشر من قيمته لذلك اعتبرت قيمته وهو مضر وبعشرة فيقوم وهو غير مضر وب يقوم وهو مضر وب عشرة
أسواط فيلزم الذي لم يؤمر بالضرب ذلك القدر (وأما) وجوب جزء من أحد عشر جزءاً من قيمته فلانه مات
من أحد عشر سوطاً كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجملة وهو الا دمي فاقسم الضمان على عددهم
ثم ما أصاب العشرة سقط عنهم لحصوله باذن المالك وما أصاب الحادى عشر ضمنه الذي لم يؤمر بالضرب لانه ضرب
بغير اذن المالك (وأما) اعتبار تضمينه مضر وبأحد عشر سوطاً فلان البعض الحاصل بضرب العشرة حصل بفعل
غيره فلا يكون عليه ضمانه (وأما) السوط الحادى عشر فلانه قد ضمن نقصانه مرة فلا يضمّن ثانياً وانما لم يدخل
نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء اذا تعلق بسبب واحد
لا يدخل أحدهما في الآخر بخلاف ما اذا ضربه واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون النقصان لانه اجتمع
هناك ضمان جزء وضمان كل فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل لا اتحاد سبب الضمانين هذا اذا أمر المولى عشرة
أن يضر به كل واحد منهم سوطاً فان كان المولى هو الذي ضربه عشرة أسواط بيده ثم ضربه أجنبي سوطاً ثم
مات من ذلك كله فعلى الاجنبى ما نقصه السوط الحادى عشر من قيمته مضر وباعشرة أسواط وعليه
أيضا نصف قيمته مضر وبأحد عشر سوطاً اما وجوب ضمان نقصان السوط واعتبار قيمته مضر وباعشرة أسواط
فلما ذكرنا (واما) وجوب نصف قيمته فلانه مات من سوطين في الحاصل لان ضرب الاسواط العشرة من المولى
بمنزلة جنایة واحدة لانها حصلت من رجل واحد والجنایات من واحد وان كثرت فهي في حكم جنایة واحدة فصار
كانه مات من سوطين سوط المولى وسوط الاجنبى وسوط المولى ليس بمضمون وسوط الاجنبى مضمون فسقط
نصف القيمة وثبت نصفها (وأما) اعتبار قيمته مضر وبأحد عشر سوطاً وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة
فلما ذكرنا في المسئلة المتقدمة رجل أمر غيره أن يجرحه جراحة واحدة فجرحه عشر جراحات وجرحه آخر جراحة
أخرى واحدة بغير أمره ثم عفا المجر وح لصاحب العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغير أمره ثم مات المجر وح
من ذلك كله فعلى صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة ثمن الدية لان نصف الدية على
صاحب الجراحة الواحدة والنصف الآخر تعلق بصاحب العشرة واحدة منها بأمر المجر وح فصار عليه الر بع
ثم تقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المجنى عليه حراً

ذكر افا ما اذا كان أنثى حرة فانه يعتبر مادون النفس منها بديتها كديتها اقل أو أكثر عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال تعاقل المرأة الرجل فيما كان ارشه نصف عشر الدية كاليسن والموضحة أى ما كان ارشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة وعن سعيد بن المسيب انه قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها أى ارش الرجل والمرأة الى ثلث دينها سواء وهو مذهب أهل المدينة ويزوون انه عليه الصلاة والسلام قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها وهذا نص لا يتحمل التأويل واحتج ابن مسعود رضى الله عنه بحديث الغرة انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالغرة وهى نصف عشر الدية ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والانثى فيدل على استواء أرش الذكر والانثى في هذا القدر (ولنا) انه بنصف بدل النفس بالاجماع وهو الدية فكذا بدل مادون النفس لان المنصف في الحالين واحد وهو الانثى ولهذا ينصف ما زاد على الثلث فكذا الثلث ومادونه ولان القول بما قاله أهل المدينة يؤدى الى القول بقلة الارش عند كثرة الجنانية وانه غير معقول والى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الراى رحمه الله فانه روى انه سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع المرأة فقتل فيها عشر من الابل قال فان قطع ثلاثة قال ففيها ثلاثون من الابل قال فان قطع أربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جروحها وعظمت مصيبتها قل أرشها فقال أعراق أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال هكذا السنة يا ابن أخى وعنى به سنه زيد بن ثابت رضى الله عنه أشار ربيعة الى ما ذكرنا من المعنى وقوله سعيد حيث لم يعترض عليه وأحال الحكم الى السنة وبهذا تبين ان روايتهم عنه عليه الصلاة والسلام لم تصح اذ لو صححت لما اشتباه الحديث على مثل سعيد ولا حال الحكم الى قوله عليه الصلاة والسلام لا الى سنة زيد رضى الله عنه فدل ان الرواية لا تكاد تثبت عنه عليه الصلاة والسلام وأما حديث الغرة في الجنين فنقول بموجبه ان الحكم في ارش الجنين لا يختلف بالذكورة والانوثة وانما الكلام في ارش المولود والحديث ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل انه عليه الصلاة والسلام لم يفصل في الجنين بين الذكر والانثى لان الحكم لا يختلف ويحتمل انه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة فلا يكون حجة مع الاحتمال هذا الذى ذكرنا اذا كان الجاني حرا والمجنى عليه حرا فأما اذا كان الجاني حرا والمجنى عليه عبدا فالاصل فيه عند أبى حنيفة رضى الله عنه ما ذكرنا في الفصل المتقدم ان كل شىء من الحرفيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته سواء كان فيما يقصده بالمنفعة أو الجال والزينة في رواية عنه وفي رواية فيما يقصده الجال والزينة يجب النقصان وعندهما في جميع ذلك يجب النقصان فيقوم العبد مجنيا عليه ويقوم غير مجنى عليه فيغرم الجاني فضل ما بين القيمتين وقد بينا وجه الروايتين عنه ووجه قولهما في الفصل الاول

فصل وأما شرائط الوجوب فهو ان تكون الجنانية خطأ اذا كانت الجنابة فيما في عمده القصاص فان كانت مما لا قصاص في عمده يستوى فيه الخطأ والعمد وقدم بيان الجنائيات التي في عمدها القصاص وما لا قصاص في عمدها

فصل وأما بيان الجنابة التي تتحملها العاقلة والتي لا تتحملها فيمادون النفس فنقول لا خلاف انه اذا بلغ ارش الجنانية فيمادون النفس من الاحرار نصف عشر الدية فصاعدا وذلك خمسمائة في الذكور ومائتان وخمسون في الاناث تتحملها العاقلة واختلف فيمادون ذلك في الرجل والمرأة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يكون في مال الجاني ولا تتحملها العاقلة وقال الشافعى رحمه الله تعالى العاقلة تتحمل القليل والكثير (وجه) قوله ان تتحمل من العاقلة لتفرط منهم في الحفظ والنصرة وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير (ولنا) ان القياس يأبى التحمل لان الجنابة حصلت من غيرهم وانما عرفنا ذلك بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بارش الجنين على العاقلة وهو الغرة وهى نصف عشر الدية فبقى الامر فيمادون ذلك على أصل القياس ولان مادون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فاشبه ضمان الاموال فلا تتحملها العاقلة كما لا تتحمل ضمان المال ولا يلزم على هذا ارش الانملة فان لها ارشا

مقدر او هو ناث دية الا صبع فيبني ان تتحملة العاقلة لان الائمة ليس لها ارش مقدر بنفسها بل بالاصبع فكانت
جزأئماله ارش مقدر وهو الا صبع فلا تتحملة العاقلة بما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة
في سنة واحدة استدلالا بكمال الدية فان كل الدية يؤخذ من العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على
ذلك فان سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فيكون اجماعا
فكلما كان من الارش قدر ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة لان في الدية الكاملة هكذا فاذا ازداد الارش على ثلث
الدية فقد رالثلث يؤخذ في سنة والزيادة في سنة أخرى لان الزيادة على الثلث في كل الدية تؤخذ في السنة الثانية
فكذلك اذا انقردت فان زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة قياسا على كل الدية والله
نعالي أعلم (وأما) مادون النفس من العبيد فلا تتحملة العاقلة بالاجماع لان مادون النفس من العبيد له حكم الاموال
لما ذكرنا فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان المال لا تتحملة العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذي يجب فيه ارش غير مقدر وهو المسمى بالحكومة فالكلام فيه في مواضع في بيان الجنایات
التي تجب فيها الحكومة وفي تفسير الحكومة أما الاول فالاصل فيه ان ما لا قصاص فيه من الجنایات على مادون
النفس وليس له ارش مقدر ففيه الحكومة لان الاصل في الجنایة الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجار أو
الزاجر ما أمكن اذا عرف هذا فنقول في كسر العظام كلها حكومة عدل الا السن خاصة لان استيفاء القصاص بصفة
المماثلة فيما سوى السن متعذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر فتجب الحكومة وأمكن استيفاء المثل في السن والشرع
ورد فيها بارش مقدر أيضا فلم تجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القائمة بالذهب نورها والسن السوداء
القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء وذكرا الخصى والعين حكومة عدل لانه لا قصاص في هذه الاشياء وليس فيها
ارش مقدر أيضا لان المقصود منها المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة أيضا لان العين القائمة بالذهب نورها لاجمال فيها
عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الا صبع
والسن الزائدة حكومة عدل لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر أيضا لانعدام المنفعة والزينة لکنها جزء من
النفس وأجزاء النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا (وأما) الصغير الذي لم يمش ولم يقعد ورجله ولسانه
وأذنه وأنفه وعينه وذكره في أنفه وأذنه كمال الدية وكذلك في يديه ورجليه اذا كان يحرهما وكذا في ذكره اذا كان
يتحرك وفي لسانه حكومة العدل لا الدية وان اسهل ما لم يتكلم لان الاستهلال صياح وأما العينان فان كان يستدل
بشيء على بصرهما ففيهما مثل عين الكبير وانما كان كذلك (أما) الانف والاذن فلان المقصود منهما الجمال
لا المنفعة وذلك بوجد في الصغير بكماله كما بوجد في الكبير (وأما) الاعضاء التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها
ارش كامل حتى يعلم محتما بما ذكرنا فاذا علم ذلك فقد وجد نفوت منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه
ارش كامل فاذا لم يعلم يقع الشك في وجود سبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان الاصل هو
الصحة والا فعارض فكانت الصحة نابتة ظاهرا لا نالا نسلم هذا الاصل في الصغير بل الاصل فيه عدم الصحة
والسلامة لانه كان نطقة وعلمة ومضغة لم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض لان براءة
ذمة الجاني أصل أيضا فتعارض الاصلان فستقط الاحتجاج بالاصل على الصحة على ان الصحة ان كانت نابتة
ظاهر المحكم الاصل لان الظاهر حجة الدفع لا حجة الاستحقاق كحياة المفقوداتها تصلح لدفع الارث لالاستحقاقه
وفي الظفر اذا نبت لاشيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه عادت المنفعة والزينة وان مات ففيه حكومة عدل
لانه لا قصاص فيه ولا له ارش مقدر وكذا اذا نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك لان النابت عوض عن
الذهاب فكان الاول قائم ودخله عيب وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله انه اذا نبت أسودان فيه حكومة لما
أصاب من الالم الجراحة الاولى بناء على أصله ان الالم مضمون وفي ثدي الرجل حكومة العدل لانه لا قصاص فيه

ولا ارش مقدر لانه لا منفعة فيه ولا جمال فتجب الحكومة فيهما وفي أحدهما نصف ذلك الحكم وفي حكمة تدييه حكم عدل دون ما في تدييه لما قلنا وندي المرأة تبع للحمة حتى لو قطع الحمة ثم التدي فان كان قبل البرء لا يجب الا نصف الدية وان كان بعد البرء يجب نصف الدية في الحمة والحكومة في التدي لان منفعة التدي الرضاع وذلك يبطل بقطع الحمة وكذلك الانف مع المارن حتى لو قطع المارن دون الانف تجب الدية ولو قطع مع المارن لا تجب الدية واحدة ولو قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء ففي المارن الدية وفي الانف الحكومة وكذلك الجفن مع الاشفار حتى لو قطع الشفر بدون الجفن يجب الارش المقدر ولو قطع الجفن معه لا يجب ذلك الارش كالكف مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان كان قبل البرء فكذلك وان كان بعد البرء يجب في الشفر ارشه وفي الجفن الحكومة لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص المنفعة فلا يجب الا الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع أقامة طوع الارنية ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف الجمال وقد نقص جماله بقطع الارنية فينتقص ارشه وكذلك اذا قطع كفاً متطوعة الاصابع لان المقصود من الكف البطش وانه لا يحصل بدون الاصابع وكذلك اذا قطع ذكراً مقطوع الحشفة لان منفعة الذكر تزول بزوالها فلا يمكن ايجاب ارش مقدر ولا قصاص فيه فتجب الحكومة (ولو) قطع الذكر والاثنين فان قطعهما معا بان قطعهما من جانب عرضا يجب ديتان لانه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الانزال بقطع الاثنين فقد وجد تفويت منفعة الجنس في قطع كل واحد منهما فيجب في كل واحد منهما دية كاملة وان قطع احدهما بعد الآخر بأن قطعهما طولا فان قطع الذكر أولاً تجب ديتان أيضاً دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية بقطع الاثنين لان بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الاثنين وهو الانزال لان الانزال يتحقق مع عدم الذكر وان بدأ بقطع الاثنين ثم الذكر ففي الاثنين الدية وفي الذكر حكومة العدل لان منفعة الاثنين كانت كاملة وقت قطعهما ومنفعة الذكر تفوت بقطع الاثنين اذ لا يتحقق الانزال بعد قطع الاثنين فنقص ارشه ولو حلق رأس رجل فنبت أبيض فلا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وقال) أبو يوسف فيه حكومة عدل وان كان عبداً ففيه ما نقص (وجه) قوله ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة في الاحرار ولا زينة في الشعر الابيض فلا يقوم النابت مقام القائط (وجه) قول أبي حنيفة ان الشيب في الاحرار ليس بعيب بل هو جمال وكما لا يجب به ارش بخلاف العبد فان الشيب فيهم عيب ألا يرى انه ينقص الثمن فكان مضموناً على الجاني وفيما دون الموضة من الشجاج حكومة عدل وكذا روى عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى انه قال ما دون الموضة خدوش فيها حكم عدل (وكذلك) روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى ولانه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بارش مقدر فتجب فيه الحكومة والخلاف الذي ذكرنا في المتلاحمة بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا يرجع الى المعنى بل الى الاسم لان أبي يوسف لا يمنع ان تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل منها ارشاً وكذلك محمد لا يمنع ان تكون ارش الشجة التي ذهبت في اللحم أكثر مما ذهبت الباضعة زائد أعلى ارش الباضعة فكان الاختلاف بينهما في العبارة وفيما سوى الجائفة من الجراحات التي في البدن اذا اندملت ولم يبق لها أثر لا شيء فيها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف رحمهما الله فيه ارش الالم وعند محمد رحمه الله أجره الطيب وقد مرت المسئلة وان بقي لها أثر ففيها حكومة عدل وكذا في شعر سائر البدن اذا لم ينبت حكومة عدل وان نبت لا شيء فيه والله سبحانه وتعالى علم (وأما) تفسير الحكومة فان كان الجاني والجنى عليه عبد يقوم العبد بجنياء عليه وغير مجنى عليه فيجب نقصان ما بين القيمتين بخلاف وان كان الجاني والجنى عليه حراً فقد ذكر الطحاوي رحمه الله انه يقوم المجنى عليه لو كان عبداً أولاً لجنايته به ويقوم وبه الجناية فينظر كم بين القيمتين فعليه القدر من الدية (وقال) الكرخي رحمه الله تقرب هذه الجناية الى أقرب الجنات التي لها ارش مقدر فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا في قلة الجراحات وكثرتها بالحزروا الظن فيأخذ القاضي بقولهما ويحكم من

الارش بمقدار من ارش الجراحة المقدرة (وجهه) ماذ كره الطحاوي رحمه الله ان القيمة في العبد كالدية في الحر فيقدر العبد حرأفأوجب نقصا في العبد يعتبر به الحر وكان الكرخي رحمه الله ينكر هذا القول ويقول هذا يؤدي الى امر فظيع وهو ان يجب في قليل الشجاج أكثر مما يجب في كثيرها لجواز أن يكون نقصان شجة السمحاق في العبد أكثر من نصف عشر قيمته فلو أوجبنا مثل ذلك من دية الحر لا وجبنا في السمحاق أكثر مما يوجب في الموضحة وهذا لا يصح والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الجنابة على ما هو نفس من وجهه دون وجهه وهو الجنين بان ضرب على بطن حامل فالقتل جنينا فيتعلق بها أحكام وجملة الكلام فيه ان الجنين لا يخلو اما ان يكون حرأبان كانت أمه حرة أو أمه علق من مولاه أو من مغرور واما ان يكون رفيقاً ولا يخلو اما ان القته ميتا واما ان القته حيا فان كان حرأ وألقته ميتا فقيسه الغرة والكلام في الغرة في مواضع في بيان وجوبها وفي تفسيرها وتقديرها وفي بيان من يجب عليه وفي بيان من يجب له أما الاول فالغرة واجبة استحسانا والقياس ان لا شيء على الضارب لانه يحتمل ان يكون حيا وقت الضرب ويحتمل انه لم يكن بان لم تخلق فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب في جنين البهيمة شيء الا نقصان البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس بالسنة وهو ما روى عن مغيرة بن شعبه رضي الله عنه انه قال كنت بين جارين فضربت احدهما الاخرى بمسطح فالقتل جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروى ان سيدنا عمر رضي الله عنه اختصم اليه في املاص المرأة الجنين فقال سيدنا عمر رضي الله عنه أنشدكم الله تعالى هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئا فقام المغيرة رضي الله عنه فقال كنت بين جارين وذكر الخبر وقال فيه فقام عم الجنين فقال انه أشعر وقام والد الضاربة فقال كيف ندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وروى كسجع الاعراب فيه غرة عبد أو أمة فقال سيدنا عمر رضي الله عنه من شهد معك بهذا فقام محمد بن سامة فشهد فقال سيدنا عمر رضي الله عنه كدنا ان نقضى فيها برأينا وفيها سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى هذه القصة أيضا حماد بن مالك ابن النابغة ولان الجنين ان كان حيا فقد فوت الضارب حياته وتفويت الحياة قتل وان لم يكن حيا فقد منع من حدوث الحياة فيه فيضمن كالمغرور ولما منع من حدوث الرق في الولد وجب الضمان عليه وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه لانه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة ولم يستفسر فدل ان الحكم لا يختلف وان لم يستتب شيء من خلقه فلا شيء فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة وسواء كان ذكراً أو أنثى لما قلنا ولان عند عدم استواء الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر والانثى فسقط اعتبار الذكورة والانوثة فيه (وأما) تفسير الغرة فالغرة في اللغة عبد أو أمة كذا قال أبو عبيد من أهل اللغة وكذا فسرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي روينا فقال عليه الصلاة والسلام فيه غرة عبد أو أمة فسر الغرة بالعبد والأمة وروى انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة وخمسائة وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى فصارت الغرة في عرف الشرع اسما للعبد وأمة يعدل خمسمائة أو بخمسمائة وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى ثم تقدير الغرة بالخمسمائة مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعي رحمه الله مقدرة بستمائة وهذا فرع اصل ماذ كرهناه فيما تقدم لانهم اتفقوا على ان الواجب نصف عشر الدية لكنهم اختلفوا في الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة بعشرة آلاف فكان نصف عشرها خمسمائة وعنده مقدر باثنى عشر ألفاً فكان نصف عشرها ستمائة ثم ابتدأ الدليل على صحة مذهبنا ان في بعض الروايات انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة وهذا نص في الباب (وأما) بيان من يجب عليه الغرة فالغرة يجب على العاقلة لما روينا من الحديث انه عليه الصلاة والسلام قضى على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروى ان عاقلة الضاربة قالوا أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل هذا بطل وهذا يدل على أن القضاء بالدية كان عليهم

حيث أضافوا الدية الى أنفسهم على وجه الانكار ولا نهابدل نفس فكانت على العاقلة كالدية (وأما) من نجب له
 فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تبارك وتعالى عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله انها لا تورث وهي
 للأم خاصة (وجه) قوله ان الجنين في حكم جزء من أجزاء الأم فكانت الجنانية على الأم فكان الارش لها كسائر
 أجزائها (ولنا) ان العرة بدل نفس الجنين وبدل النفس يكون ميراثاً كالدية (والدليل) على انها بدل نفس الجنين لا بدل
 جزء من أجزاء الأم ان الواجب في جنين أم الولد ما هو الواجب في جنين الحرة ولا خلاف في ان جنين أم الولد جزء
 ولو كان في حكم عضو من أعضاء الأم لكان جزءاً من الأم حرراً أو بقية أجزائها أمة وهذا لا يجوز (والدليل) عليه انه عليه
 الصلاة والسلام قضى بدية الأم على العاقلة وبرة الجنين ولو كان في معنى أجزاء الأم لما أفرد الجنين بحكم بل دخلت
 العرة في دية الأمانة كما اذا قطعت يد الأم فماتت انه تدخل دية اليد في النفس وكذا لما أنكرت عاقلة الضاربة حمل الدية
 إياهم فقالت اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل لم يقل لهم النبي عليه الصلاة والسلام اني
 أوجبت ذلك بجناية الضاربة على المرأة لا بجنايتها على الجنين ولو كان وجوب الارش فيه لكونه جزءاً من أجزاء الأم
 لرفع انكارهم بما قلنا فدل ان العرة وجبت بالجنانية على الجنين لا بالجنانية على الأم فكانت معتبرة بنفسه لا بالأم ولا يرث
 الضارب من العرة شيئاً لانه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من أسباب حرمان الميراث ولا كفارة على الضارب لانه
 عليه الصلاة والسلام لما قضى بالعرة على الضاربة لم يذكر الكفارة مع ان الحال حال الحاجة الى البيان ولو كانت واجبة
 لبيها ولان وجوبها متعلق بالقتل وأوصاف أخرى لم يعرف وجودها في الجنين من الايمان والكفر حقيقة أو حكماً
 قال الله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة وقال تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق أى كان
 المقتول ولم يعرف قتله لانه لم يعرف حياته وكذا الايمانه وكفره حقيقة وحكماً (أما) الحقيقة فلا شك في انتفاؤها لان الايمان
 والكفر لا يتحققان من الجنين وكذلك حكماً لان ذلك بواسطة الحياة ولم تعرف حياته ولان الكفارة من باب المقادير
 والمقادير لا تعرف بالرأى والاجتهاد بل بالتوقيف وهو الكتاب العزيز والسنة والاجماع ولم يوجد في الجنين الذي
 التقي ميتاً شئ من ذلك فلا تجب فيه الكفارة ولان وجوبها متعلق بالنفس المطلقة والجنين نفس من وجهه دون وجه
 بدليل انه لا يجب فيه كمال الدية مع ما ان الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلاً تسبباً لا مباشرة والقتل تسبباً لا بوجوب
 الكفارة كحفر البئر ونحو ذلك وذكر محمد رحمه وقال ولا كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتاً الا ان يشاء
 ذلك فهو أفضل وليس ذلك عليه عندنا واجب وليتقرب الى الله تبارك وتعالى بما يشاء ان استطاع ويستغفر الله
 سبحانه وتعالى مما صنع وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقولنا كذا ذكر محمد رحمه الله لانه ارتكب محظوراً فأندب
 الى ان يتقرب بالكفارة لمحوه هذا اذا التفت ميتاً فاما اذا التفت حياته فففيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيئاً وعليه
 الكفارة (أما) حرمان الميراث فلما قلنا وأما وجوب الدية والكفارة فلانه لما خرج حياته علم انه كان حياً وقت
 الضرب فحصل الضرب قتل النفس وانه في معنى الخطأ فتجب فيه الدية والكفارة هذا اذا التفت جنيناً واحداً فاما اذا
 التفت جنينين فان كانا ميتين ففي كل واحد منهما غرة وان كانا حيين تم ما تافى كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب
 كل واحد منهما وهو الاتلاف الا انه أتلفهما بضربة واحدة ومن أتلف شخصين بضربة واحدة تجب عليه ضمان
 كل واحد منهما كما لو أفرد كل واحد منهما بالضرب كما في الكبيرين فان التقت أحدهما ميتاً والاخر حياً ثم مات
 فعليه في الميت العرة وفي الحي الدية لوجود سبب وجوب العرة في الجنين الميت والدية في الجنين الحي فيستوى فيه
 الجمع في الاتلاف والا فراد فيه فان ماتت الأم من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه ديتان دية في
 الأم ودية في الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين فان خرج بعد موتها ميتاً فعليه دية الأم ولا شئ
 عليه في الجنين وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه في الجنين العرة (وجه) قوله ان أتلفهما جميعاً فيؤخذ بضمان
 كل واحد منهما كما لو خرج الجنين ميتاً ثم ماتت الأم (ولنا) ان القياس يأبى كون الجنين مضموناً أصلاً

لما بينا من احتمال عدم الحياة وازداد ههنا احتمال آخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب ويحتمل انه مات بموت الام
وانما عرفنا الضمان فيه بالنص والنص ورد بالضمان في حال مخصوصة وهي ما اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط
اعتبار أحد الاحتمالين فيتعين الثاني في نف وجوب الضمان في غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين حراً فاما اذا كان
رقيقا فان خرج ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكراً أو عشر قيمته ان كان أنثى وروى عن أبي يوسف ان في جنين الامة
ما نقص الام وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام أما الكلام مع أبي يوسف رحمه الله فبناء على أصل ذكرناه
فيما تقدم وهو ان ضمان الجناية الواردة على العمد ضمان النفس أم ضمان المال فعلى أصلهما ضمان النفس حتى قال انه
لا تزداد قيمته على دية الحر بل ينقص ههنا وكذا تتحمله العاقلة وعلى أصل أبي يوسف رحمه الله ضمانها ضمان المال حتى
قال تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة فصارت جنينها كجنين البهيمة وهناك لا يجب الا قصص الام كذا ههنا
(وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فبناء على أن الجنين معتبر بنفسه أم بامه وقد ذكرنا الدلائل على انه معتبر بنفسه
لا بامه فيما تقدم والدليل عليه أيضا ان ضمان جنين الحر موروث عنه على فرائض الله عز وجل ولو كان معتبراً بامه لسلم
لها كما يسلم لها ارش عضوها واذا ثبت ان الجنين معتبر بنفسه وان الواجب فيه ضمان فهذا الاعتبار يوجب ان يكون في
جنين الامة اذا كان رقيقا نصف عشر قيمته ان كان ذكراً أو عشر قيمته ان كان أنثى لان الواجب في الجنين الحر خمسمائة
ذكرا كان أو أنثى وهي نصف عشر دية الذكر وعشر دية الانثى والقيمة في الرقيق كالدية في الحر فيلزم ان يكون في
الجنين الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكراً اعتباراً بالحر وعشر قيمته ان كان أنثى اعتباراً بالحر وان خرج حياً ثم
مات قيمته لما قلنا في الجنين الحر فان القتل جنينين ميتين أو جنينين حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما حالة الاجتماع ما فيه
حال الا نفراد لما ذكرنا في الجنين الحر فان القتل أحدهما ميتاً والاخر حياً ثم مات ففي كل واحد منهما ما هو ضمانه حالة
الانفراد لما مر فان ماتت الام من الضرب وخرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه قيمتان قيمة في الام وقيمة في
الجنين وان خرج الجنين ميتاً بعد موت الام فعليه في الام القيمة ولا شيء عليه في الجنين لما ذكرنا والا اصل ان في كل
موضع يجب في الجنين الحر الغرة ففي الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكراً أو عشر قيمته ان كان أنثى وكل موضع يجب
في المضروبة اذا كانت حرة الدية ففي الامة القيمة وفي كل موضع لا يجب في الجنين هناك شيء لا يجب هنا شيء أيضاً
لما ذكرنا في جانب الحر من غير تفاوت الا ان الواجب في جنين الامة يكون في مال الضارب يؤخذ منه حالا ولا
تتحملة العاقلة والواجب في جنين الحر يكون على العاقلة لان تحمّل العاقل ثبت بخلاف القياس بالنص والنص
ورد بالتحمّل في الغرة في جنين الحر فبقى الحكم في جنين الامة على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

• • • • •

﴿ كتاب الخنثى ﴾

(الكلام) فيه يقع في مواضع في تفسير الخنثى وفي بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى وفي بيان حكم الخنثى المشكل
(أما الاول) فالخنثى من له آلة الرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكر أو أنثى حقيقة فاما ان يكون ذكراً
واما ان يكون أنثى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى فانه يعرف ذلك بالعلامة وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية
وامكان الوصول الى النساء وعلامة الانوثة في الكبر نهود ثديين كثندي المرأة ونزول اللبن في ثدييه والحيض والجل
وامكان الوصول اليها من فرجها لان كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والانوثة فكانت علامة صالحة للفصل
بين الذكر والانثى وأما العلامة في حالة الصغر فالمبال لقوله عليه الصلاة والسلام الخنثى من حيث يبول فان كان يبول
من مبال الذكور فهو ذكر وان كان يبول من مبال النساء فهو أنثى وان كان يبول منهما جميعاً يحكم بالسبق لان سبق البول
من أحدهما يدل على انه هو المخرج الاصل وان اخرج من الآخر بطريق الانحراف عنه وان كان لا يسبق

أحدهما الآخر فتوقف أبو حنيفة رضي الله عنه وقال هو خنثى مشكل وهذا من كمال فقه أبي حنيفة رضي الله عنه لأن
التوقف عند عدم الدليل واجب وقال أبو يوسف ومحمد تحكم الكثرة لأنها في الدلالة على المخرج الأصلي كالسبق
فيجوز تحكيمه وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن كثرة البول وقتله لسعة المحل وضيقه فلا يصلح للفصل بين الذكورة
والأنوثة بخلاف السابق وحكى أنه لما بلغ أبا حنيفة قول أبي يوسف في تحكيم الكثرة لم يرض به وقال وهل رأيت حاكماً
يزن البول فإن استوى ياتوقفاً أيضاً وقال هو خنثى مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم الخنثى المشكل فله في الشرع أحكام حكم الختان وحكم الغسل بعد الموت وحكم الميراث ونحو ذلك
من الأحكام أما حكم الختان فلا يجوز للرجل أن يختنه لا حتمال أنه أنثى ولا يحل له النظر إلى عورتها ولا يحل لامرأة
أجنبية أن تختنه لا حتمال أنه رجل فلا يحل لها النظر إلى عورته فيجب الاحتياط في ذلك وذلك أن يشتري له من ماله
جارية تختنه أن كان له مال لأنه أنثى فلا نثى تختن بالأنثى عند الحاجة وإن كان ذكر افتختنه أمته لأنه يباح لها النظر
إلى فرج مولاه وإن لم يكن له مال يشتري له الإمام من مال بيت المال جارية ختانة فاذا اختنته باعها ورد ثمنها إلى بيت المال
لأن الختان من سنة الإسلام وهذا من مصالح المسلمين فيقام من بيت مالهم عند الحاجة والضرورة ثم تباع ويرد ثمنها
إلى بيت المال لاندفاع الحاجة والضرورة وقيل بزوج الإمام امرأة ختانة لأنه أن كان ذكر أفلل امرأة أن تختن زوجها
وإن كان أنثى فالمرأة تختن المرأة عند الحاجة وأما حكم غسله بعد الموت فلا يحل للرجل أن يغسله لا حتمال أن يكون أنثى
ولا يحل للمرأة أن تغسله لا حتمال أنه ذكر ولكنه يميم كان الميم رجلاً أو امرأة غير أنه أن كان ذارحم محرماً منه يعمه من
غير خرقه وإن كان أجنبياً يعمه بالخرقة ويكف بصره عن ذراعيه وأما حكم الوقوف في الصلاة فإنه يقف
بعد صف الرجال والصبيان قبل صف النساء احتياطاً على ما ذكرنا في كتاب الصلاة وأما حكم إمامته في الصلاة
أيضا فقدم فلا يؤم الرجال لا حتمال أنه أنثى ويؤم النساء وأما حكم وضع الجنازة على الترتيب فتقدم جنازته على جنازة
النساء وتؤخر عن جنازة الرجال والصبيان على ما مر في كتاب الصلاة لجواز أنه ذكر فيسلك مسلك الاحتياط في
ذلك كله وأما حكم الغنائم فلا يعطى سهماً ولكن يرضخ له كأنه امرأة لأن في استحقاق الزيادة شك فلا يثبت بالشك
وأما حكم الميراث فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يعطى له أقل الأنصبة وهو نصيب الأنثى إلا أن
يكون أسوأ أحواله أن يجعل ذكره حينئذ يجعل ذكره أحكاماً وبيان هذا في مسائل إذا مات رجل وترك ابناً معروفاً
وولداً خنثى فعند أصحابنا رحمهم الله تعالى يقسم المال بينهم أثلاثاً للابن المعروف الثلث وللخنثى الثلث ويجعل الخنثى
ههنا أنثى كأنه ترك ابناً وبنتاً ولو ترك ولداً خنثى وعصبة فالنصف للخنثى والباقي للعصبة ويجعل الخنثى أنثى
كأنه ترك بنتاً وعصبة ولو ترك أختاً لاباً وأم وخنثى لاباً وعصبة فللاخت للاب والام النصف والخنثى لاب
السدس وكلمة الثلثين والباقي للعصبة ويجعل الخنثى أيضاً ههنا أنثى كأنه ترك أختاً لاباً وأم وأختاً لاباً وعصبة
فإن تركت زوجاً وأختاً لاباً وأم وخنثى لاباً فلزوج النصف وللأخت للاب والام النصف ولا شيء للخنثى
ويجعل ههنا ذكره لأن هذا أسوأ أحواله لا نالوجعلناه أنثى لأصحاب السدس وتقول القرية ولو جعلناه ذكره كالأ
يصيب شيئاً كأنها تركت زوجاً وأختاً لاباً وأم وأختاً لاباً وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال
الشعبي رحمه الله يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى لأنه يحتمل أن يكون ذكره أو يحتمل أن يكون أنثى
فيعطى له نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء (والصحيح) قول أصحابنا رحمهم الله تعالى لأن الأقل ثابت
ببقيين وفي الأكثر شك لأنه أن كان ذكره أكثر وإن كان أنثى فلها الأقل فكان استحقاق الأقل ثابتاً ببقيين وفي
استحقاق الأكثر شك فلا يثبت الاستحقاق مع الشك على الأصل المعهود في غير الثابت بيقين أنه لا يثبت بالشك
ولأن سبب استحقاق كل المال ثابت للابن المعروف وهو ذكره وإنما ينتقص حقه بمزاحمة الآخر فإذا احتمل
أنه ذكر واحتمل أنه أنثى وقع الشك في سقوط حقه عن الزيادة على الثلث فلا يسقط بالشك على الأصل المعهود في

الثابت يبين انه لا يستطع بالشك واختلاف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في تفسير قول الشعبي رحمه الله ونحوه في ما اذا ترك ابنا معروفا وولد اخنثى فقال أبو يوسف على قياس قوله يقسم المال على سبعة أربعة أسهم منها لابن المعروف وثلاثة للخنثى وقال محمد رحمه الله تعالى على قياس قوله يقسم المال على اثني عشر سهم سبعة منها لابن المعروف وخمسة للخنثى وجه تفسير محمد ونحوه لقول الشعبي ان للخنثى في حال سهمها وهو ان يكون ذكر او لابن المعروف سهم وله في حال ثلث أسهم وهو ان يكون أنثى وللابن المعروف سهم وثلاث أسهم فيعطى نصف ما يستحقه في حالين لانه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة والانوثة الاستحالة ان يكون الشخص الواحد ذكرا أو أنثى وليست احدى الحالتين أولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في الحالين وهو خمسة أسداس سهم وان كسر الحساب بالاسداس فيصير كل سهم ستة فيصير جميع المال اثني عشر سهم للخنثى منها خمسة وللابن المعروف سبعة أو يقال اذا جعلنا جميع المال اثني عشر سهم فالخنثى يستحق في حال ستة من اثني عشر وهي ان يكون ذكرا وفي حال أربعة من اثني عشر وهي ان يكون أنثى فالأربعة ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست احدى الحالتين أولى من الاخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة أسهم للخنثى وأما الابن المعروف فالستة من الاثني عشر ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة أسهم لابن المعروف والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي يوسف ونحوه لقول الشعبي انه يحتمل ان يكون ذكرا او يحتمل ان يكون أنثى فان كان ذكرا فله نصيب ابن وهو سهم وللابن المعروف سهم وان كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم وللابن المعروف سهم فله في حال سهم تام وفي حال نصف سهم وانما يستحق على حالة واحدة وليست احدهما بأولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في حالين وذلك ثلاثة أرباع سهم وللابن المعروف سهم تام فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم لابن المعروف أربعة وللخنثى ثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم (ووجدت) في شرح مسائل المجرد المنسوب الى الامام اسماعيل بن عبد الله البهقي رضى الله عنه الذي اختصر المبسوط والجامعين والزوائد في مجلد واحد وشرحه بكتاب لقبه الشامل باب في الخنثى فاحببت ان ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من أصل الشيخ وهو باب الخنثى (قال) ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يورث الخنثى من حيث يبول وهو مذهبنا الخنثى المشكل معتبر بالنساء في حق بعض الاحكام اذا كان الاحتياط في الاخلاق بهن وبالرجال اذا كان الاحتياط فيه شكه في الصلاة حكم المرأة في القعود والستر وفي الوقوف بحجب الرجال في افساد صلاة الرجل ويقوم خلف الرجال وقدام النساء ولا يلبس الحرير الخاق بالرجال وفي القصاص فيا دون النفس مثل المرأة ولومات يعم بالصعيد ولا يغسله رجل ولا امرأة ويسجى قبره ويدخل قبره ذورحم محرم منه فان قبله رجل بشهوة لم يتر وجب بامه ولو زوجه أبوه امرأة يؤجل كالعين سنة ولا حد على قاذفه اعتبارا بالمحجوب والرتقاء وفي الكل يعتبر الاحتياط قال كل عبد لي حر وقال كل أمة لم يعتق الخنثى المشكل لان الملك ثابت فلا يزول بالشك ولو قال القولين جميعا عتق لما عرف (وقوله) انا ذكرا أو أنثى لا يقبل لانه متهم ويشترى امرأة بان يشتري له أمة من ماله للخدمة فان لم يكن له مال فن بيت المال لانه من مصالح أهل الاسلام (مات) وأقام رجل البيعة انما كانت امرأته وكانت تبول من مبال النساء وامرأة انه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا ان ذكرت احدى البيعتين وقتا اقدم فيقضى له وفي حبسه في الدعاوى ولا يفرض له في الديوان لانه حق الرجل المقاتل فان شهد القتال يرضخ له لان الرضخ نوع اعانة وان أسير لم يقتل ولا يدخل في قسامة ولا تؤخذ منه الجزية لان هذا من أحكام الرجال أوصى رجل لما في بطن فلانة بالف درهم ان كان غلاما وبخمسمائة ان كانت جارية وكان مشكلا لم يزد على خمسمائة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما رحمهما الله له نصف الالف والخمسمائة قال وخروج اللحية دليل انه رجل والندى على مثال ثدى المرأة مع عدم اللحية والحيض دليل كونه امرأة زوج خنثى

من خنثى مشكلان على ان أحدهما رجل والاخر امرأة صح الوقف في النكاح حتى تبين فان ماتا قبل البيان لم يتوارثا لهما شهود على خنثى انه غلام وشهود انه جارية والمطلوب ميراث قضيت بشهادة الغلام لانها أكثر اثباتا فان كان المدعى مهر أقضيت بكونها جارية وان كان المقيم لا يطلب شيئا لم اسمع البينة والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

كتاب الوصايا

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز الوصية وفي بيان ركن الوصية وفي بيان معنى الوصية وفي بيان شرائط ركن الوصية وفي بيان صفة عقد الوصية وفي بيان حكم الوصية وفي بيان ما تبطل به الوصية (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الوصية لانها تملك مضاف الى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتتبع الاضافة الى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تملك كالا يصح الا انهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله تبارك وتعالى في آية المواريث يوصيكم الله في أولادكم الى قوله جلت عظمته من بعد وصية يوصي بها أو دين و يوصي بها أو دين ونوصون بها أو دين شرع الميراث مرتباً على الوصية فدل أن الوصية جائزة وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة ببنسبكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أتم ضربتم في الارض ندبنا سبحانه وتعالى الى الاشارة على حال الوصية فدل انها مشروعة (وأما) السنة فاروى ان سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه وهو سعد بن مالك كان مريضاً فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أوصني بجميع مالى فقال لا فقال بثلث مالى قال لا قال فبنصف مالى قال لا قال فبثلث مالى فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وروى فقراء يتكففون الناس فنجد جواز رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية بالثلث وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم أخبر عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا في آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة في أعمالنا والوصية تصرف في ثلث المال في آخر العمر زيادة في العمل فكانت مشروعة وأما الاجماع فان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من أحد فيكون اجماع من الامة على ذلك والقياس يترك بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع مع ما ان ضربا من القياس يقتضى الجواز وهو ان انسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقرينة زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث أو تدارك لما فرط في حياته وذلك بالوصية وهذه العقود ما شرعت الا لحوائج العباد فاذا ما مست حاجتهم الى الوصية وجب القول بجوازها وبه تبين أن ملك الانسان لا يزول بموته فيما يحتاج اليه الا يرى انه بقى في قدر جهازه من الكفن والدفن وبقى في قدر الدين الذي هو مطالب به من جهة العباد الحاجة الى ذلك كذلك ههنا وبعض الناس يقول الوصية واجبة لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصي فيه بيت ليلتين الا ووصيته عند رأسه وفي نفس الحديث ما ينفي الوجوب لان فيه تحريم ترك الايصاء عند ارادة الايصاء والواجب لا يقف وجوبه على ارادة من عليه كسائر الواجبات أو يحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عندنا على انه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى وانه دليل على عدم الثبوت فلا يقبل وقيل انها كانت واجبة في الابتداء للوالدين والاقرب بين المسلمين لقول الله تبارك وتعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقرب بين المعروف حقاً على المتقين ثم نسخت واختلف في الناسخ قال بعضهم نسخها الحديث وهو ما روى عن أبي قلابة رضى الله عنه عليه

الصلاة والسلام انه قال لا وصية لوارث والكتاب العزيز قد ينسخ بالسنة فان قيل انما ينسخ الكتاب عندكم
 بالسنة المتواترة وهذا من الآحاد فالجواب ان هذا الحديث متواتر غير ان التواتر ضرر بان تواتر من حيث الرواية وهو
 ان يرويه جماعة لا يتصور نواؤهم على الكذب وتواتر من حيث ظهور العمل به قرأ فقرأ من غير ظهور المنع والكبر
 عليهم في العمل به الا انهم ما رويوه على التواتر لان ظهور العمل به أغناهم عن روايته وقد ظهر العمل به مع ظهور القول
 أيضاً من الأئمة بالفتوى به بلا تنازع منهم ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ الكتاب العزيز به كما يجوز بالتواتر
 في الرواية الا انهما يفترقان من وجه وهو ان جاحد المتواتر في الرواية يكفر وجاهد المتواتر في ظهور العمل لا يكفر لمعنى
 عرف في أصول الفقه وقال بعض العلماء نسخها آية المواريث وفي الحديث ما يدل عليه فانه عليه الصلاة والسلام
 قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وقوله كل ذي حق حقه أى كل حقه فقد أشار
 عليه الصلاة والسلام الى أن الميراث الذي أعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية
 الى الميراث واذا تحول فلا يبقى له حق في الوصية كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس
 قبلة وكالدين اذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى في الذمة الاولى وكما في الحوالة الحقيقية وقال بعضهم الوصية بقت واجب
 للوالدين والاقر بين غير الوارثين بسبب الكفر والرق والآية وان كانت عامة في المخرج لكن خص منها الوالدان
 والاقر بون الوارثون بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث فكان الحديث مخصصا للعموم
 الكتاب لا نسخا والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ الا ان عامة أهل التأويل قالوا ان الوصية في
 الابتداء كانت فريضة للوالدين والاقر بين المسلمين ثم نسخت بحديث أبي قلابة وقال بعضهم ان كان عليه حج
 أو زكاة أو كفارة أو غير ذلك من الواجبات فالوصية بذلك واجبة وان لم يكن فهي غير واجبة بل جائزة وبه أخذ الفقيه
 أبو الليث (وأما) الكلام في الاستحباب فقد قالوا ان كان ماله قليلا وله ورثة فقراء فلا فضل أن لا يوصي لقوله
 عليه الصلاة والسلام في حديث سعد رضي الله تعالى عنه انك ان تركت ورتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة
 بتكفون الناس ولان الوصية في هذه الحالة تكون صلة بالاجانب والترك يكون صلة بالاقارب فكان أولى وان كان
 ماله كثيرا فان كانت وراثته فقراء فلا فضل أن يوصي بما دون الثلث ويترك المال لورثته لان غنية الورثة يحصل بما زاد
 على الثلث اذا كان المال كثيرا ولا يحصل عند قلته والوصية بالثلث أفضل من الوصية بالربع والوصية بالربع أفضل
 من الوصية بالثلث لما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال لان أوصى بالثلث أحب الى من أن أوصى بالربع
 ولان أوصى بالربع أحب الى من أن أوصى بالثلث ومن أوصى بالثلث لم يترك شيئا أى لم يترك من حقه شيئا لورثته
 لان الثلث حقه فاذا أوصى بالثلث فلم يترك من حقه شيئا لهم وروي عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان
 رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا الخمس اقتصاد والربع جهد والثلث حيف وان كان وراثته أغنياء فلا فضل الوصية
 بالثلث ثم الوصية بالثلث لا قارب به الذين لا يرثون أفضل من الوصية به للاجانب والوصية للقريب المعادي أفضل من
 الوصية للقريب الموالي لان الصدقة على المعادي تكون أقرب الى الاخلاص وأبعد عن الرياء ونظيره قوله عليه
 الصلاة والسلام لذلك الذي اشترى عبدا فاعنته فان شكره فهو خير له وشركه وإن كفره فهو شر له وخير لك
 ولان الوصية للمعادي سبب لزال العداوة وصيانة للقرابة عن القطيعة فكانت أولى هذا اذا استوى القرينان
 في الفضل والدين والحاجة واحدهما معادي (فاما) اذا كان الموالي منهما أعفهما واصلحهما واحوجهما فالوصية
 له أفضل لان الوصية له تقع اعانة على طاعة الله تبارك وتعالى
 فصل في أركان الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله هو الايجاب والقبول الايجاب من
 الموصي والقبول من الموصى له فمالم يوجد جميعا لا يتم الركن وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصي وعدم
 الرد من الموصى له وهو ان يقع اليأس عن رده وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما ذكر وقال زفر رحمه الله الركن هو

الايحاب من الموصى فقط (وجه) قول زفر أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لان كل واحد من المالكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر الى قبوله وكذلك ملك الموصى له (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان ليس للانسان الا ما سعى فظاهره أن لا يكون للانسان شيء بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفي الا ما خص بدليل ولان القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي الى الاضرار به من وجهين أحدهما أنه يلحقه ضرر المنة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة والثاني أن الموصى به قد يكون شيئا يتضرر به الموصى له كالعبد الاعمى والزمن والمتعد ونحو ذلك والى هذا أشار في الاصل فقال أريت لو أوصى بعبيد عميان أوجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون لهم منهم نفع فلوزمه المالك من غير قبوله للحنه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الالزام اذ ليس للموصى ولاية الالزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لان اللزوم هناك بالزام من له ولاية الالزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول كسائر الاحكام التي تلزم بالزام الشرع ابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الموصى له انه لا يعتق عليه ما لم يقبل أو يموت من غير قبول لانه لا يعتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول أو بدون عدم الرد ووقوع اليأس عنه ولم يوجد القبول منه ولا وقع اليأس عن الرد مادام حيا فلا يعتق ولومات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به مملوكا لورثة الموصى له استحسانا والقياس أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخياران شاءوا قبلوا وان شاءوا ردوا (وجه) القياس الاول أن القبول أحد ركني العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر كما اذا أوجب البيع ثم مات المشتري قبل القبول أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول انه يبطل الايجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثاني أن الموصى له في حياته كان له القبول والرد فاذا مات تقوم ورثته مقامه (وجه) الاستحسان ان أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتم الركن (وأما) على عبارة القبول فنقول ان القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع اليأس عن الرد وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى له بجارية التي ولدت من الموصى له بالنكاح انها لا تصير أم ولد له ما لم يقبل الوصية أو يموت قبل القبول فاذا مات صارت أم ولد له لانه ملك جارية قد ولدت منه بالنكاح فتصير أم ولد له وينسخ النكاح وان لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات أو علم ولم يقبل حتى مات فهو على القياس والاستحسان اللذين ذكرنا ولو كان حيا ولم يعلم بالوصية وهو يطؤها بالنكاح حتى ولدت أولاداً ثم علم بالوصية فهو بالخيار ان شاء قبل الوصية فكانت الجارية أم ولد له وأولادها أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث وان شاء لم يقبل فلا تكون الجارية أم ولد له لان قبوله شرط فان قبل فقد صارت الجارية أم ولد له لانه ملكها بالقبول ومن استولد جارية غيره بالنكاح ثم ملكها تصير أم ولد له وأولادها أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث لان عند القبول يثبت الملك من وقت موت الموصى فتبين أن الملك ثبت له في الجارية من ذلك الوقت كفا في البيع بشرط الخياران عند الاجازة يثبت الحكم وهو الملك من وقت البيع كذا ههنا واذا ثبت الملك من وقت موت الموصى يحكم بفساد النكاح من ذلك الوقت فتبين أن الاولاد ولدوا على فراش ملك اليمين فدخلوا تحت الوصية فيملكهم بالقبول فيعتقون اذا كانوا يخرجون من الثلث وان لم يقبل الوصية كانت الجارية مملكة لورثة الموصى والا فلا دارق لان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصى فرد أحدهما وقبل الآخر الوصية كان للآخر حصته من الوصية لانه أضاف الثلث اليهما وقد صحت الاضافة فانصرف الى كل واحد منهما نصف الثلث فاذا رد أحدهما الوصية ارتد في نصفه وبقى النصف الآخر لصاحبه الذي قبل كمن أقر بالف لرجلين فرد أحدهما اقراره ارتد في نصيبه خاصة وكان للآخر نصف الاقرار كذا ههنا بخلاف ما اذا أوصى بالثلث لهذا والثلث لهذا فرد أحدهما وقبل الآخر ان كل الثلث للذي قبل لانه اذا قبل صاحبه يقسم الثلث بينهما لضرورة المزاحمة اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فاذا رد أحدهما زالت المزاحمة فكان جميع الثلث له واذا ثبت أن القبول ركن في عقد الوصية

فوقت القبول ما بعد موت الموصي ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت والقبول أو الرد يعتبر كذا الإيجاب لانه جواب والجواب لا يكون الا بعد تقدم السؤال ونظيره اذا قال لا مر أنه اذا جاء غدا فانت طالق على ألف درهم انه انما يعتبر القبول أو الرد اذا جاء غدا كذا هذا فاذا كان التصرف يقع ايجابا بعد الموت يعتبر القبول بعده والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته وبه تنفصل عن البيع والاجارة والهبة لان شيئاً من ذلك لا يحتمل الايجاب بعد الموت ألا ترى أنه لو أوجبهما بعد الموت بطل وذكر الكرخي عليه الرحمة في حد الوصية ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه فقوله ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته لا يشمل جميع أفراد الوصايا فانه لا يتناول الوصية بالتقرب الواجبة التي تسقط بالموت من غير وصية كاللحج والزكاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد جامعاً وقوله أو في مرضه حذمه قسم وانه فاسد وكذا تبرع الانسان بماله في مرضه الذي مات فيه من الاعتاق والهبة والحباة والكفالة وضمنان الدرك لا يكون وصية حقيقة لان حكم هذه التصرفات منجز نافذ في الحال قبل الموت وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقة الا انها تعتبر بالوصايا في حق اعتبار الثلث فاما ان تكون وصية حقيقة فلا وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله أو ربعه وقد ذكر قدر من ماله مشاعاً أو معيناً ان قدر ما يستحقه الموصي له من مال هو ماله الذي عند الموت لا ما كان عند الوصية حتى لو أوصى بثلث ماله وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف ويوم مات ثلثمائة لا يستحق الموصي له الا مائة ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات ولو كان له مال يوم أوصى مات وليس له مال بطلت وصيته وانما كان كذلك لما ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف الى وقت الموت فيستحق الموصي له ما كان على ملك الموصي عند موته ويصير المضاف الى الوقت كالمعجز عنده كانه قال عند الموت لفلان ثلث مالي فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ما قبله وذكر ابن سماعه في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال اذا أوصى رجل لفلان شاة من غنمي أو نخلة من نخلي أو جارية من جوارى ولم يقل من غنمي هذه ولا من جوارى هؤلاء ولا من نخلي هذه فان الوصية في هذا تقع يوم موت الموصي ولا تقع يوم أوصى حتى لو ماتت غنمه تلك أو باعها فاشترى مكانها أخرى أو ماتت جواريه فاشترى غيرها أو باع النخل واشترى غيرها فان للموصي له نخلة من نخله يوم يموت وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك لما بينا ان الوصية عقد مضاف الى الموت فكانه قال في تلك الحالة لفلان شاة من غنمي فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله قال فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصي أو ولدت الجوارى قبل موته فليحقت الا ولاد الامهات ثم مات الموصي فان للورثة ان يعطوه ان شاءوا من الامهات وان شاءوا من الاولاد لان الاسم يتناول الكل عند الموت فكان المستفاد بالولادة كالمستفاد بالشراء قال فان اختار الورثة ان يعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصي فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها لان الوصية وان تعلقت بشاة غير معينة لكن التعيين من الورثة يكون بياناً أن الشاة المعينة هي من الموصي بها كان الوصية وقعت بهذه المعينة ابتداءً فحدث من نعمائها بعد الموت يكون للموصي له قال فاما ما ولدت قبل موت الموصي فلا يستحقه الموصي له لان الوصية اعتبارها عند الموت فالحدث قبل الموت يحدث على ملك الورثة وكذلك الصوف المنفصل واللبن المنفصل قبل الموت لما قلنا فاما ان كان متصلاً بها فهو للموصي له وان حدث قبل الموت لانه لا ينفرد عنها بالتعليك قال ولو استهلك الورثة لبن الشاة أو صوفها وقد حدث بعد الموت فعليهم ضمانه لان الموصي له ملكه بملك الا حصل فيكون مضموناً بالاتلاف قال ولو قال أوصيت له بشاة من غنمي هذه أو بجارية من جوارى هؤلاء أو قال قد أوصيت له باحدى جاريتي هاتين فهذا على هذه الغنم وهؤلاء الجوارى لانه عين الموصي به وهو الشاة من الغنم المشار اليها حتى لو ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية كما لو قال أوصيت بهذه الشاة أو بهذه الجارية فهلكت ولو ولدت الغنم أو الجوارى في حال

حياة الموصى تم أراد الورثة أن يعطوه من الأولاد ليس لهم ذلك لأن الوصية تعلقت بعين مشار إليها وان لم يثبت الملك فيها ينزل في غيرها فان دفع الورثة إليه جارية من الجوارى لم يستحق ما ولدت قبل الموت لأن الوصية لم تكن وجبت فيها لأن الملك في الوصية انما ينتقل بالموت فما حدث قبل الموت يحدث على ملك الميت فيكون للورثة وما ولدت بعد الموت فهو للموصى له لأنه ملكها بالموت فحدث الولد على ملكه قال فان ماتت الامهات كلها الا واحدة نعتبت الوصية فيها لأنه لم يبق من زاحمها في تعلق الوصية فتعينت ضرورة انتفاء المزاحم فان ماتت الامهات كلها وقد بقي لها أولاد حدثت بعد الموت أو أخرج النخل وبقى لها ثم حدثت بعد الموت فعلى الورثة ان يدفعوا اليه ولد جارية وثمرته نخلة لأن الوصية كانت متعلقة بها فيظهر الاستحقاق في الولد الحادث بعده فاذا هلك الام بقتى الحق في الولد على حاله ولا يظهر فيما حدث قبل الموت والله سبحانه وتعالى عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الموصى وبعضها يرجع الى الموصى له وبعضها يرجع الى الموصى به (أما) الذي يرجع الى نفس الركن فهو ان يكون القبول موافقا للايجاب فان خالف الايجاب لم يصح القبول لأنه اذا خالفه لم يرتبط بقبلي الايجاب بلاقبول فلا يتم الركن وبيان ذلك اذا قال لرجلين أوصيت بهذه الجارية لكما قبل أحدهما بعد موت الموصى ورد الآخر لم يصح القبول لأنه أوصى لهما جميعا فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما لوقبل فاذا رد أحدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعا فبطلت الوصية ولو أوصى بهما لانسأ ثم أوصى بهما الآخر قبل أحدهما الوصية بعد موت الموصى ورد الآخر فالنصف للموصى له والنصف لورثة الموصى لأنه أوصى لكل واحد منهما على حاله فلا يشترط اجتماعهما في القبول فاذا رد أحدهما بعد موت الموصى لم يتم الركن في حقه بل بطل الايجاب في حقه فعاد نصيبه الى ورثة الموصى فصح القبول من الآخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين اذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضي بالشفعة ان ذلك النصف يكون للمشتري ولا يكون للشفيع الآخر (وأما) الذي يرجع الى الموصى فأنواع منها ان يكون من أهل التبوع في الوصية بالمال وما يتعلق به لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته فلا بد من أهلية التبوع فلا يصح من الصبي والمجنون لأنهما ليسا من أهل التبوع لكونه من التصرفات المضارة المحضة اذ لا يقابلها عوض دينوى وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله في أحد قولي وصية الصبي العاقل في القرب صحيحة واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام يافع وهو الذي قرب ادراكه ولان في وصيته نظر الله لانه يثاب عليه ولو لم يوص لزال ملكه الى الوارث من غير ثواب لانه يزول عنه جبراء شاء أو أبى فكان هذا تصرفا نافعا في حقه فأشبهه صلاة التطوع وصوم التطوع والجواب اما اجازة سيدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبي في مثله جائزة عندنا لانه يثبت من غير وصية (وأما) قوله يحصل له عوض وهو الثواب فسلم لكنه ليس بعوض دينوى فلا يملكه الصبي كالصدقة مع ما أن هذا في حد التعارض لانه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث بل هو أولى في بعض الاموال لما بينا فيما تقدم وسواء مات قبل الادراك أو بعده لانها وقعت باطلا فلا تنقلب الى الجواز بالادراك الا بالاستئناف وسواء كان الصبي مأذونا في التجارة أو محجورا لان الوصية ليست من باب التجارة اذ التجارة معاوضة المال بالمال ولو أضاف الوصية الى ما بعد الادراك بان قال اذا أدركت ثم مت فثلث مالى لفلان لم يصح لان عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر في ايجاب الحكم بعد الموت ولا تصح وصية العبد المأذون والمكاتب لانهم ليسا من أهل التبوع ولو أوصيا ثم اعتقا وملكهما لا ثم ما تالم تجز لوقوعها باطلا من الابتداء ولو أضاف أحدهما الوصية الى ما بعد العتق بان قال اذا عتقت ثم مت فثلث مالى لفلان صح فراقبين العبد والصبي ووجه الفرق أن عبارة الصبي فيما يتضرر به ملحقة بالعدم لتقصان عقله فلم تصح عبارته من الاصل بل بطلت والباطل لا حكم له بل هو ذاهب متلاشى في حق الحكم فاما عبارة العبد فصحيحة لصدورها عن عقل ميمز لا أن امتناع تبرعه لحق المولى فاذا

عنى فقد زال المانع والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها رضا الموصى لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من
الرضا كما إيجاب الملك بسائر الأشياء فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطى لأن هذه العوارض تفوت الرضا وأما
إسلام الموصى فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذي بالمال للمسلم والذي في الجملة لأن الكفر لا ينافي
أهلية التملك ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته وكذا الحربى المستأمن إذا أوصى للمسلم أو
الذى يصح في الجملة لما ذكرنا غير أنه إن كان دخل وارثه معه في دار الإسلام وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على
الثلث على إجازة وارثه لأنه بالدخول مستأمنًا التزم أحكام الإسلام وألزمه من غير التزامه لا مكان إجراء الأحكام
عليه مادام في دار الإسلام ومن أحكام الإسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه وإن
لم يكن له وارث أصلاً تصح من جميع المال كما في المسلم والذي وكذلك إذا كان له وارث لكنه في دار الحرب لأن
امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة وحقهم غير معصوم لأنه لا عصمة لا أنفسهم وأموالهم فلا أن لا يكون لحقهم الذي
في مال مورثهم عصمة أولى وذكر في الأصل ولو أوصى الحربى في دار الحرب بوصية ثم أسلم أهل الدار أو صار وائمة
ثم اختصما إلى في تلك الوصية فإن كانت قائمة بعينها أجزتها وإن كانت قد استهلك قبل الإسلام أبطلتها لأن الحربى
من أهل التملك ألا يرى أنه من أهل سائر التملك كاليبيع ونحوه فكانت وصيته جائزة في نفسها لأنه ليس لنا
ولاية إجراء أحكام الإسلام وتنفيذها في دارهم فإذا أسلموا أو صار وائمة قدرنا على التنفيذ فنفذها مادام الموصى به
قائماً فاما إذا صار مستهلكاً بطلنا الوصية وألحقناها بالعدم لأن أهل الحرب إذا أسلموا أو صار وائمة لا يؤخذون
بما استهلك بعضهم على بعض وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا ومنها أن لا يكون على الموصى
دين مستغرق لتركته فإن كان لا تصح وصيته لأن الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث لقوله تبارك
وتعالى في آية الموارث من بعد وصية يوصى بها أو دين وتوصون بها أو دين ويوصين بها أو دين ولما
روى عن سيدنا على رضي الله تعالى عنه أنه قال إنكم تقرؤن الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه
وسلم بأب الدين قبل الوصية أشار سيدنا على رضي الله عنه إلى أن الترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم وروى
أنه قيل لابن عباس رضي الله عنهما أنك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج فقال تبارك وتعالى
وأتموا الحج والعمرة لله فقال رضي الله عنه كيف تقرؤن آية الدين فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين فقال وبماذا
تبدؤن قالوا بالدين قال رضي الله عنه هو ذلك ولأن الدين واجب والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع ومعنى
تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضى الدين أولاً فإن فضل منه شيء يصرف إلى الوصية والميراث والا فلا (وأما)
معنى تقدم الوصية على الميراث فليس معناه أن يخرج الثلث ويعزل عن التركة ويبدأ بدفعه إلى الموصى له ثم يدفع
الثلثان إلى الورثة لأن التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشراكة والموصى له شريك الورثة في
الاستحقاق كانه واحد من الورثة لا يستحق الموصى له من الثلث شيئاً أقل أو أكثر إلا ويستحق منه الورثة ثلثيه ويكون
فرضهما معاً لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعاً ولا
يعطى الموصى لكل الثلث من الباقي بل الهالك يهلك على الحقين والباقي يبقى على الحقين كما إذا هلك شيء من الموارث
بعد الوصايا بخلاف الدين فإنه إذا هلك بعض التركة وبقي البعض يستوفى كل الدين من الباقي وانما معناه أنه يحسب
قدر الوصية من جملة التركة أولاً لتظهر سهام الورثة كما تحسب سهام أصحاب القراض أولاً ليظهر الفاضل للعصبة
ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر إلى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أي سوى
مالكم أن توصوه من الثلث أو صا كما الله بكذا وتكون بعد معنى سوى والله تعالى عز شأنه أعلم (وأما) الذي يرجع
إلى الموصى لدفنها أن يكون موجوداً فإن لم يكن موجوداً لا تصح الوصية لأن الوصية للمعدوم لا تصح وعلى هذا يخرج
ما إذا قال أوصيت بثلث مالي لمافي بطن فلانة فإنها إن ولدت لما يعلم أنه كان موجوداً في البطن يحتم الوصية والا فلا

وانما يعلم ذلك اذا ولدت لاقل من ستة أشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى في ظاهر الرواية وعند الطحاوي رحمه الله من وقت وجود الوصية وجه ما ذكره الطحاوي رحمه الله ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده (وجه) ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الموت أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين يثبت أنه كان موجودا اذا المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعلم وجوده في البطن لاحتمال انها علقته بعده فلا يعلم وجوده بالشك الا اذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة فولدت الى سنتين منذ طلقتها أو مات عنها زوجها فله الوصية لان نسب الولد يثبت من زوجها الى سنتين ومن ضرورة ثبات النسب الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصى فرق بين الوصية لما في البطن وبين الهبة لما في البطن أن الهبة لا تصح والوصية صحيحة لان الهبة لا صحة لها بدون القبض ولم يوجد والوصية لا تقف محبتها على القبض ولو قال ان كان في بطن فلانة جارية فلها وصية الف وان كان في بطنها غلام فله وصية الفان فولدت جارية لستة أشهر الا يوما وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلم يجمع الوصية لهما أوصى لهما جميعا لكن لاحد منهما بالف وللآخر بالقيين وقد علم كونهم ما في البطن أما الجارية فلا شك فيها لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى فعلم انها كانت موجودة في البطن في ذلك الوقت وكذا الغلام لانه لما ولد لاكثر من ستة أشهر بيوم أو يومين علم أنه كان في البطن مع الجارية لانه توأم فكان من ضرورة كون أحدهما في البطن كون الآخر كذلك لانهما علقا من ماء واحد فان ولدت غلامين وجاريتين لاقل من ستة أشهر فذلك الى الورثة يعطون أي الغلامين شاؤا وأي الجاريتين شاؤا الا أنه ما أوصى لهما جميعا وانما أوصى لاحدهما وليس أحدهما بولي من الآخر فكان البيان الى الورثة لانهم قائمون مقام المورث وقيل ان هذا الجواب على مذهب محمد رحمه الله تعالى فأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فالوصية باطلة بناء على مسألة أخرى وهو ما اذا أوصى بثلاث ماله لفلان وفلان أو أوصى بثلاث ماله لاحد هذين الرجلين روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الوصية باطلة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنها صحيحة غير ان عند أبي يوسف الوصية لهما جميعا وعند محمد لا أحدهما وخيار التعيين الى الورثة يعطون أيهما شاؤا فافقاسوا هذه المسألة على تلك لان المعنى يجمعهما وهو جهالة الموصى له ومنهم من قال ههنا يجوز في قولهم جميعا وفرق بين المسئلتين من حيث ان الجهالة هناك مقارنة للعقد وههنا طارئة لان الوصية هناك حال وجودها أضيفت الى ما في البطن لا الى أحد الغلامين واحدى الجاريتين ثم طرأت بعد ذلك بالولادة والبقاء أسهل من الابتداء كالعدة اذا قارنت النكاح منعت من الانعقاد فاذا طرأت عليه لا ترفعه كذا ههنا ولو قال ان كان الذي في بطن فلانة غلاما فله الفان وان كان جارية فلها ألف فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شيء من الوصية لانه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما في البطن بقوله ان كان الذي في بطنها كذا فله كذا وكل واحد منهما ليس هو كل ما في البطن بل بعض ما فيه فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية في كل واحد منهما فلا يستحق أحدهما شيئا بخلاف المسئلة الاولى لان قوله ان كان في بطن فلانة جارية فلها كذا وان كان في بطنها غلام فله كذا ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما في البطن بل الشرط فيه أن يكون في بطنها غلام وأن يكون في بطنها جارية وقد كان في بطنها غلام وجارية فوجد شرط الاستحقاق وكذلك لو أوصى بما في بطن دابة فلان أن يتفق عليه أن الوصية جائزة اذا قبل صاحبها وتعتبر فيه المدة على ما ذكرنا هذا هو حكم الوصية لما في البطن فأما حكم الاقرار بما في بطن فلانة فهذا في الاصل على وجهين (اما) ان بين السبب (واما) ان لم يبين بل أطلق فان بين السبب (فاما) ان بين سببا هو جازر الوجود (واما) ان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة فان بين سببا هو جازر الوجود عادة بان قال لما في بطن فلانة على ألف درهم لاني استهلك ماله أو غصبت أو سرقته جازا قراره في قولهم جميعا وان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة بان قال لما في بطن فلانة

على ألف درهم لاني استقرضت منه لا يجوز في قولهم جميعا لانه اسند اقراره الى سبب هو محال عادة وان لم يبين
 الاقرار سببا بل سكت عنه بان قال لما في بطن فلانة على ألف درهم ولم يزد عليه فهذا الاقرار باطل في قولهما
 وعند محمد صحيح (وجه) قوله أن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن تصحيحه بالحمل على سبب
 متصور الوجود فيحمل عليه تصحيحه له ولهما أن الاقرار المطلق بالدين يرد به الاقرار بسبب المدانة لانه هو
 السبب الموضوع لثبوت الدين وان في الدين ههنا محال عادة والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة ومنها أن يكون
 حيا وقت موت الموصي حتى لو قال أوصيت بثلاث مالى لما في بطن فلانة فولدت لاقبل من ستة أشهر من وقت
 موت الموصي ولد ميتا لا وصية له لان الميت ليس من أهل استحقاق الوصية كما ليس من أهل استحقاق
 الميراث بان ولد ميتا وأنها أخت الميراث ولو ولدت ولدين حيا وميتا فجميع الوصية للميت لان الميت لا يصلح
 دخلا لوضع الوصية فيه ولهذا الوصى لحي وميت كان كل الوصية للميت كما لو أوصى لآدمي وحائط والله سبحانه
 وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي فان كان لا تصح الوصية لما روى عن أبي
 قلابه رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تبارك ونعالى أعطى كل ذي حق حقه
 فلا وصية لوارث وفي هذا حكاية وهي ما حكى أن سليمان بن الاعمش رحمه الله تعالى كان مريضا فعاده
 أبو حنيفة رضي الله عنه فوجده يوصي لابنه فقال أبو حنيفة رضي الله عنه ان هذا لا يجوز فقال ولم يا أبا حنيفة فقال
 لا نكرويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث فقال سليمان رحمه الله يامعشر الفقهاء أتم الاطباء
 ونحن الصيادلة فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصا وأشار الى تحول الحق من الوصية
 الى الميراث على ما بينا فماتوا ولا نالوا جواز الوصية للورثة لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة وفيه ابداء البعض
 وإحاشهم فيؤدى الى قطع الرحم وانه حرام وما أفضى الى الحرام فهو حرام دفعا للتناقض ثم الشرط أن لا يكون
 وارث الموصي وقت موت الموصي لا وقت الوصية حتى لو أوصى لآخيه وله ابن وقت الوصية ثم مات قبل موت
 الموصي ثم مات الموصي لم تصح الوصية لان الموصي له وهو الاخ صار وارث الموصي عند موته ولو أوصى لآخيه
 ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات الموصي تحت الوصية لان الاخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته
 محجوبا بالابن وانما اعتبرت الورثة وقت موت الموصي لا وقت وصيته لان الوصية ليست بتمليك للحال ليعتبر كونه
 وارثا وقت وجودها بل هي تمليك عند الموت فيعتبر ذلك عند الموت وكذلك الهبة في المرض بان وهب المريض
 لوارثه شيئا ثم مات أنه يعتبر كونه وارثا له وقت الموت لا وقت الهبة لان هبة المريض في معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث
 وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى لامرأة أجنبية وهو مريض أو صحيح ثم تزوجها أنه لا يصح ولو أقر المريض لامرأة
 أجنبية بدين ثم تزوجها جازا قراره لان الوصية انما تصير ملكا عند موت الموصي فيعتبر كونها وارثة له حينئذ وهي وارثته
 عند موته لانها زوجته فلم تصح الوصية (فاما) الاقرار باعتباره حال وجوده وهي أجنبية حال وجوده فاعتراض
 الزوجية بعد ذلك لا يبطله وبكذا الوهب لها هبة في مرض موته ثم تزوجها بطلت الهبة لان تبرعات المريض
 مرض الموت تعتبر بالوصايا ولو أوصى وهو مريض أو صحيح لابنه النصراني صح لانه ليس بوارثه فلو أسلم الابن
 قبل موته بطلت وصيته لما قلنا أن اعتبارها بعد الموت وهو وارث بعد الموت ولو أقر المريض بدين لابنه النصراني ثم
 أسلم لم يجز اقراره عند أحبابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى يصح (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا
 في المرأة أن الاقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الاقرار فاعتراض الورثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت كما
 قلنا في المرأة (ولنا) أن الورثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار لكن سببها كان قائما وهو القرابة لكن لم يظهر عملها
 للحال لما منع وهو الكفر فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زوال
 المانع كما في البيع بشرط الخيار أن عند سقوط الخيار يعمل السبب وهو البيع في الحكم من وقت وجوده لا من وقت

سقوط الخيار والجامع أن العامل عند ارتفاع المانع ذات البيع وذات القرابة فتستند السببية الى وقت وجود ذاته فيظهر أنه أقر لوارثه فلم يصح أو بنال ان اقرار المر بضر لوارثه انما يرد للتمهية وسبب التهمة وقت الاقرار بوجود وهو القرابة بخلاف ما اذا أقر لا امرأة أجنبية ثم تزجها لان هناك سبب القرابة لم يكن موجودا وقت الاقرار لان السبب هو الزوجية ولم تكن وقت الاقرار وانما وجدت بعد ذلك و بعد وجودها لا تحتل الاستناد فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك اقرارا لوارثه فيصح ويثبت الدين في ذمته فلا يسقط بحدوث الزوجية وعلى التقريب الثاني لم يوجد سبب التهمة وقت الاقرار فيصح ولو كان ابنه مسلما لكنه مملوك فاوصى له ثم أعتق فالوصية باطلة لما ذكرنا ان أو ان اعتبار الوصية أو ان الموت وهو وارثه عند الموت ولو أقر له بالدين وهو مر بضر أو وهب له هبة فقبضها فان لم يكن عليه دين جاز ذلك لانه اذا لم يكن عليه دين كان الاقرار والهبة لمولاه وانه أجنبي عن الموصى لحاز وان كان عليه دين لا يجوز لان الاقرار والهبة يقعان له لا لمولاه لانه يقضى منه ديونه فتبين أن الاقرار كان لوارثه من طريق الاستناد فلا يصح أولا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الاقرار كما قلنا في الاقرار لابنه النصراني اذا أسلم ولو أوصى لبعض ورثته فجاز الباقي جازت الوصية لان امتناع الجوار كان لحقهم لما يلحقهم من الاذى والوحشة بايثار البعض ولا يوجد ذلك عند الاجازة وفي بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث الا أن يحجزها الورثة ولو أوصى بثلاث ماله لبعض ورثته ولا جني فان أجاز بقية الورثة جازت الوصية لهما جميعا وكان الثلث بين الاجنبي وبين الوارث نصفين وان ردوا جازت في حصة الاجنبي وبطلت في حصة الوارث وقال بعض الناس يصرف الثلث كله الى الاجنبي لان الوارث ليس بمحل للوصية فالتحقت الاضافة اليه بالعدم كما لو أوصى لحي وميت أن الوصية كلم الله لما قلنا كذا وهذا غير سديد لان الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل أنه لو اتصلت بها الاجازة جازت والباطل لا يحتمل الجواز بالا جازة وبه تبين أن الوارث محل للوصية لان التصرف المضاف الى غير محله يكون باطلا دل أنه محل وأن الاضافة اليه وقعت صحيحة الا أنها تبطل في حصته رد الباقي واذا وقعت صحيحة فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ثم بطلت الوصية في حق الوارث بالرد فبقيت في حق الاجنبي على حالها كما لو أوصى لاجنبيين فردا أحدهما دون الآخر بخلاف المريض اذا أقر بدين لبعض ورثته ولا جني كما اذا قر لهما بالف درهم والوارث مع الاجنبي تصادقا أنه لا يصح لهما الاقرار أصلا لا للوارث ولا للاجنبي لان الوصية عليك فبطلانه في حق أحدهما لا يوجب البطلان في حق الآخر لانه لا يوجب الشركة والاقرار لهما بالدين اخبار عن دين مشترك بينهما فلو صح في حق الاجنبي لكان فيه قسمة الدين قبل القبض وانها باطلة ولانه اذا كان اخبارا عن دين مشترك بينهما فالوارث يشارك الاجنبي فيما يقبض ثم تبطل حصته وفيه اقرار للوارث وأنه باطل بخلاف الوصية فان الوارث لا يشارك الاجنبي واذا بطل الاقرار أصلا تقسم التركة بين ورثته المقر فأصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه وبين الاجنبي الى تمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث لانهما اذا تصادقا فنزعتهما أن هذا القدر دين على الميت والدين مقدم على الميراث هذا اذا تصادقا فان تكاذبا أو أنكر الاجنبي شركة الوارث أو رد الورثة اقراره فالأقرار باطل أيضا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما ذكرنا واذا بطل كان المال ميراثا بين ورثته المقر فأصاب الوارث فهو له كله ولا شركة للاجنبي فيه لانه يكذبه في ذلك وعند محمد يصح اقراره في حق الاجنبي ويكون له خمسة اثنان وان كان الاجنبي يكذب الوارث والوارث يصدق في ذلك فالخمسائة مما أصابه للاجنبي لانه لما صدقه الوارث فقد أقر أنه كان له على الميت خمسة اثنان دين وأنه مقدم على الميراث الا أنه ادعى الشركة فيه وهو يكذبه في الشركة فكان القول قول الاجنبي يأخذ تلك الخمسائة كلها ولو أوصى لعبد ووارثه لا يصح سواء كان على العبد دين أو لم يكن (أما) اذا لم يكن عليه دين فظاهر لان الوصية تقع لمولاه لان الملك يقع له فكانت الوصية لوارثه وان كان عليه دين فالوصية تقع لمولاه من وجه لانه اذا سقط عنه الدين يصير الموصى به للوارث وقت الوصية فكان وصية للوارث من

وجه فلا نصح الا اذا اعتق قبل موت الموصي فتصح الوصية لان الوصية ايجاب الملك عند موت الموصي وهو كان حرا
عند موته وكذا اذا اوصى لعبد نفسه فاعتقه قبل موته تحت وصيته له فان مات وهو عبد بطلت لان وصيته لمولاه
ومولاه وارثه ولو اوصى لمكاتب وارثه لا يصح لان منفعة الوصية تحصل لوارثه في الحال والمآل في الحال باداء بدل
الكتابة وفي المآل بالعجز ولو اوصى لمكاتب نفسه جاز لانه (اما) أن يعتق باداء بدل الكتابة فيصير أجنبيا فتجوز
له الوصية (واما) أن يعجز ويرد في الرق فيصير ميراثا خييع وورثته لا لبعضهم دون بعض فلا يكون في هذه الوصية ايثار
بعض الورثة على بعض فتجوز كما لو اوصى بثلث ماله لورثته (ومنها) أن لا يكون قابل الموصى قتيلا حراما على
سبيل المباشرة فان كان لم نصح الوصية له عندنا وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط
وتصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره
ولان الوصية تملك وتملك والقتل لا ينافي أهلية التملك (ولنا) ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية
لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شيء عذرا الشئ نكره في محل النفي فتعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين
أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ولان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روى عن سيدنا عمر
وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهم لم يجعلوا للقاتل ميراثا وعن عبيدة السلماني أنه قال لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة
ويروى لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة وهذا منه بيان لاجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة
والسلام الى زمن التابعين رضي الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل وذكر محمد رحمه الله هذه الآثار في الأصل وقال
والوصية عندنا بمنزلة ذلك لا وصية للقاتل ولان الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل كما يتأذى البعض بوضعها
في البعض فيؤدى الى قطع الرحم وأنه حرام ولان الجروح اذا صار صاحب فراش فقد تعلق حق الورثة بماله نظرا لهم
لثلايزيل المورث ملكه الى غيرهم لعداوة أو أذى لحفنة من جههم فيتضررون بذلك لكن مع نفاء ملك المورث نظرا له
لحاجته الى دفع حوائجه الاصلية وسبب ثبوت حقهم في مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو
القربة فكان ينبغي أن لا يملك التبرع بشئ من ماله الا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقى
الا مرفيها على أصل القياس ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فتستدعي الزجر ببلغ الوجوه وحرمان الوصية
يصالح زاجر الحرمان الميراث فيثبت وسواء كان القتل عمدا أو خطأ لان القتل الخطأ قتل وأنه جاز المؤاخذه عليه
عقلا وسواء اوصى له بعد الجناية أو قبلها لان الوصية انما تقع عليه كما بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية
أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه
وتجوز الوصية لابن القاتل ولا بويه ولجميع قرابته لان ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا
تكون الوصية لاحدهما وصية لصاحبه ولو اشترك عشرة في قتل رجل فوصى لبعضهم بعد
الجناية لم تصح لان كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم
فكانت وصية لقاتله فلم تصح ولو كان أحدهم عبد الموصى فوصى لبعضهم بعد الجناية واعتق عبده ثم مات فالوصية
باطلة ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعى في قيمته (اما) بطلان الوصية فلما ذكرنا أن كل واحد منهم قاتل فكان
الموصى له قاتلا فلم تصح الوصية له (وأما) حجة الاعتاق ونفاذه فقيهه ضرب اشكال وهو ان الاعتاق حصل في
مرض الموت والاعتاق في مرض الموت وصية والوصية للقاتل لا تصح والعبد قاتل فينبغي أن لا ينفذ اعتاقه
والجواب عنه من وجهين أحدهما ان الاعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة لان الوصية تملك والاعتاق
اسقاط الملك وازالة لا الى أحدهما متغايران بل متنافيان حقيقة وكذا الاعتاق ينتج حكمه للحال وحكم الوصية
يتأخر الى ما بعد الموت فلم يكن الاعتاق في مرض الموت وصية حقيقة الا انه يشبه الوصية من حيث انه يعتبر من
الثلث لا غير والثاني ان كان في معنى الوصية فالوصية بالا اعتاق مردودة من حيث المعنى وان كانت نافذة صورة ألا

تري ان العبد يسعى في قيمته والسعاية قيمة الرقبة فكانت السعاية رد الوصية معنى والعق بعد وقوعه وان كان لا
يحتمل النقص صورة محتمله معنى رد السعاية التي هي قيمة الرقبة ولو أوصى لعبد بالثلث ثم قتله العبد لم تصح وصيته
غير انه يعتق ويسعى في جميع قيمته أما بطلان الوصية فلا نه وصية للقاتل وأما نقاذ العتق فلان الوصية للقاتل
ليست بباطلة بل هي صحيحة ألا ترى انها تنفق على اجازة الورثة في ظاهر الرواية فاذا أوصى له بثلث ماله فقد أوصى له
بثلث رقبته لان رقبته من ماله فدخلت تحت الوصية بالثلث فلم مات الموصى ملك ثلث رقبته وتعليك ثلث رقبته منه
يكون اعتاقا للثلث عند الموت فيعتق ثلثه عند الموت ثم ينقص من حيث المعنى رد السعاية كما لو أعتقه نصا في مرض
موته أو أضاف العتق الى ما بعد الموت بالتدبير غير ان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقعت الوصية له بثلث الرقبة لان
الاعتاق متجزئ عنده فيعتق ثلث رقبته ويسعى في ثلثه لانه معتق البعض ويسعى في ذلك الثلث الذي عتق ردا
للوصية معنى بالسعاية لانه لا وصية للقاتل فيرد رد السعاية وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة لانه عتق كله لان
الاعتاق لا يتجزأ عندهما ومتى عتق كله يسعى في كل قيمته رد الوصية معنى فانفق الجواب وهو السعاية في جميع
قيمه وانما اختلف الطريق ولو أوصى للقاتل ثم أجازت الورثة الوصية بعدموت الموصى ذكر في الاصل انه يجوز
ولم يذكر خلافا وذكر في الزيادات ان على قول أبي يوسف لا يجوز وسكت عن قوله ما فيدل على الجواز عند أبي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يبي يوسف مار وينا عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا وصية للقاتل وقال عليه الصلاة
والسلام ليس اقاتل شي من غير فصل بين حال الاجازة وعدمها ولان المانع من الجواز هو القتل والاجازة لا تمنع
القتل ولهما ان امتناع الجواز كان لحق الورثة لانهم يتأذون بوضع الوصية في القاتل أكثر مما يتأذى البعض بأشار
البعض بالوصية ثم جازت الوصية للبعض باجازة الباقيين فهنا أولى والدليل على ان المانع هو حق الورثة ان الورثة
ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل وحق الانسان ما ينتفع به فاذا جاز وافقد زال المانع فجازت ولهذا جازت الوصية
لبعض الورثة باجازة الباقيين كذا هذا ولو كان القتل قصاصا لا يمنع صحة الوصية لانه ليس بقتل حرام وكذا لو كان
القاتل صبيا لان قتله لا يوصف بالحرمة ولهذا يتعلق بشي من ذلك حرمان الميراث فكذا حرمان الوصية
وكذا القتل تسببا لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف في كتاب الفرائض وأما الاقرار
للقاتل بالدين فان صار صاحب فراش لم يجز وان كان يذهب ويحجب جاز لان اقرار المريض مرض الموت في معنى
الوصية ألا ترى انه لا يصح لو ارثه كما لا تصح وصيته له واذا كان يذهب ويحجب كان في حكم الصحيح فيحوز
كما لو أقر لو ارثه في هذه الحالة وكذا الهبة في المرض في معنى الوصية فلا تصح للقاتل وعفو المريض عن القاتل
في دم العمد جائز لقوله تعالى وان تغفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم مطاعا من غير فصل بين جال المرض
والصحة ولان المانع من نقاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة أو الغرماء وانما يتعلق حقهم بالمال والقصاص
ليس بمال وبهذا علل في الاصل وان كان القتل خطأ يجوز العفو من الثلث لان القتل الخطأ يوجب المال فكان عفو
بمنزلة الوصية بالمال وانما جائزة من الثلث ودلت هذه المسئلة على ان الدية كلما تجب على العاقلة ولا تجب على القاتل شي
لانه لو وجب لم يصح عفو من الثلث في حصص القاتل لانه يكون وصية للقاتل في ذلك القدر ولا وصية للقاتل ولما
جاز العفو ههنا من الثلث علم ان الدية لا تجب على القاتل وانما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل
ثم الوصية للقاتل انما لا تجوز اذا لم تجز الورثة فان أجاز واجازت ولم يذكر في الاصل اختلافا وذكر في الزيادات قول
أبي يوسف انها لا تجوز وان أجازت الورثة وسكت عن قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وجه قول أبي
يوسف ان المانع من الجواز هو القتل وانه لا ينعدم بالاجازة ولهذا حرمان الميراث اجازته الورثة أولا ولانه لما قتله بغير
حق صار كالحرابي والوصية للحرابي لا تجوز أجازت الورثة أم لم تجز كذا القاتل وجه ظاهر الرواية ان عدم الجواز
لمكان حق الورثة لما ذكرنا في الوصية لبعض الورثة فيجوز عند اجازتهم كما جازت لبعض الورثة عند اجازة الباقيين

بل أولى لان من الناس من يقول بجواز الوصية للقاتل وهو مالك ولا أحد يقول بجواز الوصية للوارث فلما لحقها
الاجازة هناك فلان بلحقها ههنا أولى ومنها ان لا يكون حر بيا عند مستأمن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو
دمي لان التبرع بتلك المال اياه يكون اعانة له على الحراب وانه لا يجوز وأما كونه مسلماً فلبس بشرط حتى لو كان
ذمياً فأوصى له مسلم أو دمي جاز وكذا الوأوصى ذمي ذمياً لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم أن يوصي مسلماً أو ذمياً كذا لهم وسواء أوصى لاهل ملته أو لغير اهل
ملته لمعموم الحديث ولان الاختلاف بينهم وبين غير اهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بينهم وبينهم وهذا يمنع
جواز الوصية فهذا أولى وان كان مستأماً فأوصى له مسلم أو دمي ذكر في الاصل انه يجوز لانه في عهدنا فأشبهه الذي
الذي هو في عهدنا وتجوز الوصية للذمي وكذا الحر بن المستأمن وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز
وهذه الرواية بقول أصحابنا رحمهم الله أشبه فأنهم قالوا انه لا يجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والاضحية
الى الحر بن المستأمن لما فيه من الاعانة على الحراب ويجوز صرفها الى الذمي لانا ما نهينا عن بر اهل الذمة لقوله
سبحانه وتعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلواكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبرؤوا منهم وفتنوا الله ان في
التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة والهبة وايتين عن أصحابنا فالوصية له على تلك الروايتين أيضاً وكذا كونه من
اهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد ان ينفق عليه في اصلاحه وعمارة ومجيبه يجوز
لان قصد المسلم من هذه الوصية التقرب الى الله سبحانه وتعالى باخراج ماله الى الله سبحانه وتعالى لا التملك الى أحد
ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل لانه معصية ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة أو الكنيسة ان ينفق
عليها في اصلاحها أو أوصى لبيت النار أو أوصى أن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة جاز في قول أبي حنيفة
رحمه الله وعندهما لا يجوز وجملة الكلام في وصايا اهل الذمة انها لا تخلو اما ان كان الموصى به أمراً هو قرابة عندنا
وعندهم أو كان أمراً هو قرابة عندنا لا عندهم وأما ان كان أمراً هو قرابة عندهم لا عندنا فان كان الموصى به شيئاً هو قرابة
عندنا وعندهم بان أوصى بثلث ماله ان يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء اهل الذمة أو بعتق ارقاب أو بعمارة
المسجد الاقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعاً لان هذا مما يتقرب به المسلمون واهل الذمة وان كان شيئاً هو قرابة عندنا
وليس بقرابة عندهم بان أوصى بان يحج عنه أو أوصى ان يبنى مسجد للمسلمين ولم يبين لا يجوز في قولهم جميعاً لانهم
لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئاً في وصيته والوصية بظلم الهزل والهزل وان كان شيئاً هو قرابة عندهم لا عندنا
بان أوصى بارض له ببنى بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو بالذبح لعيدهم أو
للببيعة أو لبيت النار ذبيحة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا ان عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وجه
قولهما ان الوصية بهذه الاشياء وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصي لا تصح وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان
المعتبر في وصيتهم ما هو قرابة عندهم لا ما هو قرابة حنيفة لانهم ليسوا من اهل القرابة الحقيقية ولهذا الوأوصى بما هو قرابة
عندنا وليس بقرابة عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين فدل ان المعتبر ما هو قرابة عندهم وقد وجد
ولكننا أمرنا ان لا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الخمر والخزير فيما بينهم ولو بنى
الذمي في حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثاً بين ورثته في قولهم جميعاً على اختلاف المذهبين أما على أصلهما
فظاهر لانه معصية وأما عنده فلانه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل داراً وقفاً ان مات صارت ميراثاً كذا هذا فان
قيل لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين فالجواب ان حال المسجد يخالف حال البيعة
لان المسجد صار خالصاً لله تبارك وتعالى وانقطعت عنه منافع المسلمين وأما البيعة فانها باقية على منافعهم فانه
يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فكانت باقية على منافعهم فاشبه الوقف فيما بين المسلمين والوقف فيما بين
المسلمين لا يزال ملك الرقبة عنده فكذا هذا ولو أوصى مسلم بغلة جاريته ان تكون في نفقة المسجد ومؤنته

فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتهاشيء أنفق ذلك في بنائه لانه بالانهدام لم يخرج من ان يكون مسجدا وقد أوصى له بغلتهافتفق في بنائه وعماربه والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مملوكا للهوصى اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد حتى لو أوصى لعبد بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد لا تصح الوصية لانه اذذاك يكون موصيا لنفسه ولو أوصى له بشيء من رقبته بان أوصى له بثلاث رقبته جاز لان الوصية له بثلاث رقبته تملك ثلث رقبته منه وتملك نفس العبد منه يكون اعتاقا فيه غير ثلثه مدبرافي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يصير كله مدبر لان التدبير يتجزأ عنده كالا عتاق وعندهما لا يتجزأ ولو أوصى له بثلاث ماله جازت وصيته وعتق ثلثه بعد موته لان رقبته دخلت في الوصية لانها ماله فوقع الوصية عليها وعلى سائر املاكه ثم ينظر ان كان ماله دراهم ودنانير ينظر الى ثلثي العبد فان كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وان كان في المال زيادة تدفع اليه الزيادة وان كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة الى الورثة وان كانت التركة عرضا لا تصير قصاصا الا بالتراضي لا اختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل اليهم السعاية وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأما عندهما صار كله مدبرا فاذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على سائر الوصايا فان زاد الثلث على مقدار قيمته فملى الورثة أن يدفعوا اليه فان كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالته فان كان لم تجز الوصية له لان الجهالة التي لا يمكن استدرا كما تمنع من تسليم الموصى به الى الموصى له فلا تفيد الوصية وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلاث ماله لرجل من الناس انه لا يصح بلا خلاف ولو أوصى لاحدهذين الرجلين لا يصح في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يصح غير ان عند أبي يوسف رحمه الله الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد رحمه الله الخيار الى الوارث يعطى أحدهما شاء (وجهه) قول محمد ان الايجاب وقع صحيحا لان أحدهما وان كان مجهولا ولكن هذه جهالة تمكن ازالته ألا ترى ان الموصى لوعين أحدهما حال حياته لتعين ثم ان محمد يقول لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين وأبو يوسف يقول لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان ان العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية ولا يبي حنيفة ان الوصية تملك عند الموت فتستدعي كون الموصى له معلوما عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية من الاصل كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوخ ولا يقام الوارث مقام الموصى في البيان لان ذلك حكم الايجاب الصحيح ولم يصح الا ان الموصى لو بين الوصية في أحدهما حال حياته صحت لان البيان انشاء الوصية لاحدهما فكان وصية مستأنفة لاحدهما عينها وانها صحيحة ولو كان له عبدان فأوصى بارفعهما الرجل وبأخسهما الآخر ثم مات الموصى ثم مات أحد العبدين ولا يدري أيهما هو فالوصية بطلت في قول أبي حنيفة وزفر رحمه الله اجتماعا على أخذ الباقي أو لم يجتمعا وقال أبو يوسف رحمه الله ان اجتماعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وان لم يجتمعا على أخذه فلا شيء لهما وروى عن أبي يوسف انه بينهما نصفان اجتماعا أو لم يجتمعا وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون انها باطلة اذا لم يكن في اللفظ ما ينبي عن الحاجة وان كان فيه ما ينبي عن الحاجة فالوصية جائزة لانهم اذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تملكها منهم وهم مجهولون والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن ازالته لا يصح ثم اختلف في تفسير الإحصاء قال أبو يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل ان كانوا بحيث لا يحصونهم محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون وقيل يفوض الى رأى القاضى وان كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهي اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت

الوصية ثم اذا صححت الوصية فالأفضل للوصي أن يعطى الثلث لمن يقرب اليه منهم فان جعله في واحد فما زاد جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز إلا أن يعطى اثنين منهم فصاعداً ولا يجوز أن يعطى واحداً إلا نصف الوصية وبيان هذه الجملة في مسائل اذا أوصى بثلث ماله للمسلمين لم ينصح لأن المسلمين لا يحصون وليس في لفظ المسلمين ما ينبي عن الحاجة فوقع الوصية تملكاً من مجهول فلم تصح ولو أوصى لفقراء المسلمين أو لمساكينهم صححت الوصية لانهم وإن كانوا لا يحصون لكن عندهم اسم الفقير والمساكين ينبي عن الحاجة فكانت الوصية لهم نقر بالي الله تبارك وتعالى طلباً لمرضاته لا لمرضاة الفقير فيقع المال لله تعالى عز وجل ثم الفقراء يملكون بملك الله تعالى منهم والله سبحانه وتعالى عز شأنه واحد معلوم ولهذا كان إيجاب الصدقة من الله سبحانه وتعالى من الأغنياء على الفقراء صحيحاً وإن كانوا لا يحصون واذا صححت الوصية فلو صرف الوصى جميع الثلث الى فقير واحد جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز إلا أن يعطى منهم اثنين فصاعداً ولا يجوز أن يعطى واحداً منهم إلا نصف الثلث وجه قول محمد أن الفقراء اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة لأنه أقام الدليل على أن اثنين في باب الوصية يقومان مقام الثلاث لأن الوصية أخت الميراث والله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلاث منهن في استحقاق الثلثين وكذا الاثنان من الاخوة والاخوات يقومان مقام الثلاث في تقص حق الام من الثلث الى السدس ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة مع ما ان الجمع مأخوذ من الاجتماع وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب مأمكن ولهما ان هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة وهي الزام المال حقاً لله تبارك وتعالى وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل من الحقوق المالية فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لإيجاب الحق لهم فيجب الحق لله تبارك وتعالى ثم يصرف الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه وقد حصل بصرفه الى فقير واحد ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجبة بإيجاب الله عز وجل الى فقير واحد وإن كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك وتعالى إنما الصدقات للفقراء وقد خرج الجواب عما ذكره محمد رحمه الله على ان مراعاة معنى الجمع إنما تجب عند الامكان فاما عند التعذر فلا بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله والله لا أتزوج النساء وقوله ان كلمت بنى آدم أو ان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لان ذلك مما لا غاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس بخلاف ما اذا أوصى لمواليه وله مولى واحد انه لا يصرف كل الثلث اليه بل نصفه لان هناك ما التزم المال حقاً لله تعالى عز وجل بل ملكه للموالى وهو اسم جمع فلا بد من اعتباره وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكناً فلا ضرورة الى الحمل على الجنس بخلاف جمع الفقراء وكذلك لو أوصى لفقراء بنى فلان دون أغنيائهم وبنو فلان قبيلة لا تحصى ولا يحصى فقرائهم فالوصية جائزة لما قلنا بل أولى لانه لما صححت الوصية لفقراء المسلمين مع كثيرهم فلان تصح لفقراء القبيلة أولى فان لم يقل لفقراءهم ولكنه أوصى لبنى فلان ولم يزد عليه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان كان فلان أباقبيلة (وأما) ان لم يكن أباقبيلة بل هو رجل من الناس يعرف بأبى فلان فان كان أباقبيلة مثل تميم وأسد ووائل فان كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم لانهم اذا كانوا يحصون فقد قصد الوصى تملك المال منهم لا الاخراج الى الله تعالى فكان الوصى له بالثلث معلوماً فتصح الوصية له كما لو أوصى لأغنياء بنى فلان وهم يحصون ويدخل فيه المذكور والانات لان الاضافة الى أب القبيلة اضافة النسبة كالاضافة الى القبيلة ألا يرى انه يصح أن يقال هذه المرأة من بنى تميم كما يصح أن يقال هذا الرجل من بنى تميم فيدخل فيه كل من ينتسب الى فلان ذكر أو أنثى غنياً كان أو فقيراً لانه ليس في اللفظ ما ينبي عن الحاجة وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان ولو كان لبنى فلان موالى عتاقة يدخلون في الوصية وكذا موالى مواليتهم وحلفائهم وعبيدهم وكذا لو كان لهم موالى الموالاة قلنا ذكرنا أن المراد من قوله بنى فلان اذا كان فلان أباقبيلة هو القبيلة لا أبناؤه حقيقة فكان المراد منه المنتسبين الى هذه القبيلة والمنتمون اليهم والحلفاء والموالى

ينتسبون الى القبيلة وينتمون اليهم في العرف والشرع قال عليه الصلاة والسلام موالى القوم منهم وفي رواية موالى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم وروى انه قال في جملة ذلك وعبيدهم منهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون سقط اعتبار حقيقة البنوة فصار عبارة عن يقع بهم لهم التناصر والموالى يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد اذا الحليف هو الذى حلف للقبيلة انه ينصرهم ويذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا له كذلك والعديد هو الذى يلحق بهم من غير حلف ولو أوصى لقبيلة فلان دخل فيه الموالى لان المراد من القبيلة الذين ينسبون اليه والموالى ينسبون اليه هذا اذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون لا تجوز الوصية لما قلنا في الوصية لبنى فلان بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم يحصون وفلان أب خاص لهم وليس بابن قبيلة حيث كان الثلث لبنى صلبه ولا يدخل فيه مواليه لانه ما جرى العرف هناك انهم يريدون بهذه اللفظة المنتسب اليهم فبقيت اللفظة محمولة على الحقيقة ولهذا لا يدخل في الوصية بنو بنيه والدليل على التفرقة بين الفصلين أن زيدا لو أعتق عبدًا لا يقول المعتق أنا من بنى زيدا اذا كان زيدا بأخصا وان كان زيد أباقبيلة يقول المعتق أنا من بنى زيد هذا هو المتعارف عندهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون لم تصح الوصية لان الوصية وقعت لهم تملك المال منهم وهم مجهولون ولا يمكن أن يجعل هذا وصية بالصدقة لانه ليس في لفظ الابن ما ينبي عن الحاجة لغة فلا يصح كما لو أوصى للمسلمين انه لا يصح لجهة الملك منه ولم يجعل وصية بالصدقة لما قلنا كذا هذا وان كان ابان نسب وهو رجل من الناس يعرف كابن أبى ليلى وابن سيرين ونحو ذلك فان كانوا كلهم ذكور ادخلوا في الوصية لان حقيقة اسم البنين للذكور لانه جمع الابن فيجب العمل بالحقيقة ما أمكن وقد أمكن وان كانوا كلهم اناثا لا يدخل فيه واحدة منهم لان اللفظ لا يتناولهن عندا نفرادهن وان كانوا ذكور اناثا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهم الوصية للذكور دون الاناث وقال محمد عليه الرحمة يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الر وايتين عن أبى حنيفة رواد يوسف بن خالد السعدي وذكر القسدي في شرحه مختصر الكرخي الخلف بين أبى حنيفة وصاحبيه (وجه) قول محمد رحمه الله ان الذكور مع الاناث اذا اجتمعا غلب الذكور لاناث ويتناول اسم الذكور الذكور والاناث وان كان لا يتناولهن حالة الا تفردوا ولهذا تناول الخطابات التي في القرآن العظيم باسم الجمع الذكور والاناث جميعا فكذا في الوصية ولهما اعتبار بالحقيقة وهو أن البنين جمع ابن والابن اسم للذكور حقيقة وكذا البنون فلا يتناول الا الذكور ولهذا لم يتناولهن حالة الا تفردوا فكذا حالة الاجتماع وهكذا تقول في خطابات القرآن العظيم ان خطاب الذكور لا يتناول الاناث بصيغته بل بدليل زائد والدليل عليه ما روى أن النساء شكون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلن يا رسول الله ان الله سبحانه وتعالى يخاطب الرجال دوننا فنزل قوله تبارك وتعالى ان المسلمين والمسلمات الآية فلو كان خطاب الرجال يتناولهن لم يكن لشكايتهم معنى بخلاف ما اذا كان فلان أباقبيلة أو بطن أو فخذ لان الاضافة الى القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الا عيان وانما يراد بها الانساب وهي أن يكون منسوب الى القبيلة والبطن والفخذ والذكور والانثى في النسبة على السواء ولهذا يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن فيهن ذكر ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث الماتى لاذكر معهن فان كان لفلان بنو صلب وبنو ابن فالوصية لبنى الصلب لانهم بنوه في الحقيقة (وأما) بنو الابن فبنو بنيه حقيقة لا بنود وانما يسمون بنيه مجازا واطلاق اللفظ يحمل على الحقيقة ما أمكن فان لم يكن لبنو الصلب فالوصية لبنى الابن لانهم بنوه مجازا فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة وأما أبناء البنات فلا يدخلون في الوصية عند أبى حنيفة عليه الرحمة وذكر الخصاص عن محمد رحمه الله انهم يدخلون كبناء البنين وسند كالمسألة ان شاء الله تعالى فان كان له ابنان لصلبه فالوصية لهما في قولهم جميعا لان اسم الجمع في باب الوصية يتناول الاثنين فصاعدا فقد وجد من يستحق كل الوصية فلا يحمل على غيرهم وان كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث اليه لان المذكور بلفظ الجمع وليس في الواحد معنى الجمع فلا يستحق الواحد كل الوصية بل النصف ويرد النصف الباقي الى ورثة الموصى وان كان له ابن واحد لصلبه وابن

ابنه فالنصف لابنه والباقي يرد على ورثة الموصى في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما النصف لابنه وما بقي فلأب ابنه والصحيح قول أبي حنيفة لأن اللفظ الواحد لا يحمل على الحقيقة والمجاز في زمان واحد وإذا صارت الحقيقة مرادة سقط المجاز وعندهما يجوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة وهذا غير سديد لأن الحقيقة اسم للثابت المستقر في موضعه والمجاز ما انتقل عن موضعه والشيء الواحد في زمان واحد يستحيل أن يكون ثابتاً في محله ومتقلاً عن محله ولو كان له بنات وبنو ابن فلا شيء للفر يقين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما هو بينهم بالسوية لأن عند أبي حنيفة ولد الصلب إذا كان حياً يستقطم معه ولد الولد غير أن ولد الصلب ههنا البنات على الأفراد واسم البنين لا يتناول البنات على الأفراد فلم نصح الوصية في الفر يقين جميعاً وعلى أصلهما تحمل الوصية على ولد الولد إذا لم يجز أولاد الولد بالوصية ويتناولهما الاسم على الاشتراك وصاروا كالبنين الواحد في شترك كورهم وأناتهم ولو قال أوصيت بثلاث مالى لأخوة فلان وهم ذكور وأناث فهو على الخلاف الذي ذكرنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو للذكور دون الأنثى وعند محمد رحمه الله هو بينهم بالسواء لا يزداد الذكر على الأنثى والحجج على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة ولو أوصى لولد فلان فالذكور فيه والأنثى سواء في قولهم جميعاً لأن الولد اسم للمولود وأنه يتناول الذكر والأنثى ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لأن الوصية أخت الميراث لأن الاستحقاق في كل واحد منهما يتعلق بالموت ثم الحمل يدخل في الميراث فيدخل في الوصية فإن كان له بنات وبنو ابن فالوصية لبناته دون بني ابنه لأن اسم الولد للبنات بانفرادهن حقيقة ولا ولداً لابن مجاز ومهما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة لا يحمل على المجاز فإن لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوى فيه ذكورهم وأناتهم لأنه نعت العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالمجاز تصحيحاً لكلام العاقل ولا يدخل أولاد البنات في الوصية في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وذكر الخصاص عن محمد رحمه الله أن ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في السير الكبير إذا أخذ الأمان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات فصارع عن محمد رحمه الله روايتان (وجه) رواية الخصاص أن الولد ينسب إلى أبيه جميعاً لأنه ولد أبيه وولده حقيقة لا بخلافه من مائهما جميعاً ثم ولد ابنه ينسب إليه فكذلك ولد بنته ولهذا يضاف أولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنها إلى أبيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم للحسن رضي الله عنه إن ابني هذا لسيد وأن الله تبارك وتعالى يصلح به بين الفتيين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للحسن والحسين رضي الله عنهما إن ابني لسيدا كهول أهل الجنة وكذا يقال لسيدنا عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام أنه من بني آدم وإن كان لا ينتسب إليه إلا من قبل أمه ولا بي حنيفة أن أولاد البنات ينسبون إلى آبائهم لا إلى أب الأم قال الشاعر

بنو بنو أبائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الأبعد

(وأما) قوله أن الولد ينسب إلى أبيه وإلى أمه قلنا نعم و بنت الرجل ولده حقيقة فكان ولدها ولده حقيقة بواسطة حتى تثبت جميع أحكام الأولاد في حقه كما تثبت في أولاد البنين لأن النسب إلى الأمهات مهجور عادة فلا ينسب أولاد البنات إلى آباء الأمهات بواسطة من ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة وأولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنهم لم يجر نسبهم إليها فينسبون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بواسطة وقيل أنهم خصوا بالنسبة إليه عليه الصلاة والسلام تشریفاً وكراماً لهم وقد روى بعض مشايخنا عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في هذا حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كل بني بنت بنو أيهم الأولاد فاطمة رضي الله تعالى عنها فانهم أولادى فإن لم يكن له إلا ولد واحد فالثلث له سواء كان ذكراً أو أنثى لأن اسم الولد يتناول الولد الواحد فما زاد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع قال هشام سألت محمداً عن رجل له ابن و بنت فقال أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني ثم مات الموصى فكم يجعل للموصى له قال ذلك إلى الورثة إن شاءوا أعطوه أقل إلا نصباء قلت له فإن كان له ابنتان وابن قال فكذلك أيضاً قلت

فان كان له ابنان و بنت أو ابنان و بنتان أو بنون و بنات فقال قد أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني فقال يعطى الموصى له في هذا نصيب ابن وانما كان كذلك لانه اذا قال أحد ابني وله ابن و بنت علم انه سمي الابن ابناً لاجتماعها مع الذكور فدخلت في الكلام فكان للورثة ان يحملوا الوصية على نصيبهم واذا كان للبنون و بنات أو ابنان و بنات فقال أحد بني ينع على الذكور ففتح حمل الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد رحمه الله فذا كان له بنت وابن أو ابن و بنتان أو ابن و بنات فلا بن وحده لا يكون بنين والا مر على ما ذكره محمد لان اسم الجمع لا يتناول الواحد فلا بد من ادخال الاناث معه فحملت الوصية على نصيب أحدهم فهذا اشارة الى اعتبار حقيقة اللفظ وان الاسم يحمل على الذكور الا عند التعذر ولو أوصى ليتامى بنى فلان فان كان يتاماهم محصون جازت الوصية لانهم اذا كانوا محصون وقعت الوصية لهم باعيانهم لكونهم معلومين فامكن ايتاؤها تليكاً منهم فصحت كما لو أوصى ليتامى هذه السكة أو هذه الدار ويستوى فيها الغنى والفقر لان اليتم في اللغة اسم لمن مات أبوه ولم يبلغ الحلم وهذا لا يتعرض للفقر والغنى وقال الله سبحانه وتعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً وقال عليه الصلاة والسلام ابتغوا في أموال اليتامى خيراً كيلاً تأكلها الصدقة قد سموا يتامى وان كان لهم مال فكل صغير مات أبوه يدخل تحت الوصية ومن لا فلا فان كانوا لا محصون فالوصية جائزة وتصرف الى الفقراء منهم لانها لو صرفت الى الاغنياء لبطلت خيالة الموصى له ولو صرفت الى الفقراء لجازت لانها وصية بالصدقة واخراج للمال الى الله تعالى والله تعالى واحد معلوم وامكن أن تجعل الوصية للفقراء وان لم يكن في اللفظ ما ينبي عن الحاجة لعله لكنه ينبي عن سبب الحاجة وعمما يوجب الحاجة بطريق الضرورة لان الصغير والافقر ادعى الاب أعظم أسباب الحاجة اذ الصغير عاجز عن الانتفاع بماله ولا بد له ممن يقوم بايصال منافع ماله اليه وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ ماله واستنائه ولا تقاء للمال عادة الا بالحفظ والاستئمان وهو عاجز عن ذلك كله فيصير في الحكم كمن انتطعت عليه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل فصار الاسم بهذه الوساطة منبثاً عن الحاجة ولهذا المعنى جعل الله لليتامى سهمان من خمس الغنيمة بقوله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شئء فان لله خمسته وللرسول ولذي القربى واليتامى وقال تبارك وتعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى لله وللرسول ولذي القربى واليتامى وأراد به المحتاجين منهم دون الاغنياء واذا كان كذلك أمكن تصحيح هذا التصرف بجعله ابصاء بالصدقة وكذلك اذا أوصى لزمى بنى فلان أو لعينانهم لان الاسم يدل على سبب الحاجة عادة وهو الزمان والعمى بخلاف ما اذا أوصى لبني فلان وهم لا محصون انه لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه بطريق التمثيل كجباله الموصى لهم ولا بطريق الابصاء بالصدقة لانه ليس في لفظ الابن ما ينبي عن الحاجة ولا ما يوجب الحاجة وهما بخلافه على ما بينا فتصح الوصية ثم اذا صحت وانصرفت الوصية الى الفقراء من اليتامى فان صرف الى اثنين منهم فصاعد أجاز بالاجماع وان صرف جميع الثلث الى واحد فهو على الخلاف الذي ذكرنا والافضل للموصى أن يصرف الى كل من قدر منهم لانه أقرب الى العمل بحقيقة اللفظ وتحقيق مقصود الموصى ولو أوصى بثلاث ماله لا رامل بنى فلان جازت الوصية سواء كن محصين أو لا محصين أما اذا كن محصين فلا يشك فان الوصية وقعت تليكاً منهم باعيانهم لكونهم معلومين وكذلك اذا كن لا محصين لان في الاسم ما يدل على الحاجة لان الارملة اسم لامرأة بالغت فارقت زوجها بطلاق أو وفاة دخل بها أو لم يدخل كذا قال محمد رحمه الله وقال ابن الانباري الارملة التي لا زوج لها من قولهم أرمل القوم فهم مرملون اذا فني زاده ومن فني زاده كان محتاجاً فكان في الاسم ما ينبي عن الحاجة فتتبع وصية بالصدقة واخراج المال الى الله تبارك وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم وهل يدخل في هذه الوصية الرجال الذين فارقوا أزواجهم قال عامة العلماء رضى الله عنهم لا يدخلون وقال الشافعي رحمه الله يدخل في كل من خرج من كرمه فلان ذكرنا أو أنى واليه ذهب التتبي واحتجوا بقول جرير الشاعر

هذي الارامل قد قضيت حاجها * فن حاجة هذا الارمل الذكر

أطلق اسم الارمل على الرجل (ولنا) أن حنيفة هذا الاسم للمرأة لاذكر ابن محمد وهو من كبار أهل اللغة روى عنه أبو عبيد وأبو العباس نعلب وأقرانهم كانوا بنو عن الخليل والأصمعي وأقرانها وقال الخليل يقال امرأة أرمل ولا يقال رجل أرمل إلا في الملبس من الشعر وقال ابن الأنباري رحمه الله لا يقال رجل أرمل إلا في الشعر ونحو ذلك ولأن الاسم كان مشتقاً من قولهم أرمل الذنوب إذا فني زادهما والمرأة هي التي فني زادهما بموت زوجها لأن النعمة على الزوج لا على المرأة فإذا مات ففني زادهما به نبي أن قول جرير محمول على ملبس الشعر كما قال الخليل أو هو شاذ كما قال ابن الأنباري أولاً زدواج الكلام قال الله سبحانه وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقال تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وفولده سبحانه وتعالى وإن تقيم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وكما قال الشاعر

فان تنكحى أنكح وأن تنأى * مدا الدهر ما لم تنكحى أنأى

(ومعلوم) أن الرجل لا يسمى أباً لكن أطلق عليه لا زدواجه بتولد وأن تنأى كذا هيئنا واطلاق الاسم لا ينصرف إلى ما لا يذكر إلا الضرورة تليح الشعر وزدواج الكلام أوفى الشذوذ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى ما ينسارع إليه الألفاظ والأوهام وذلك ما قلنا ولو أوصى لايامى بنى فلان فإن كن يحصين جازت الوصية ما قلنا وإن كن لا يحصين لا يجوز لأنه ليس في لفظ الأب ما يبي عن الحاجة لتجعل وصيته بالصدقة لأن الاسم في اللغة اسم لامرأة جو معة في قبلها فارقها زوجها وشرحه محمد رحمه الله قال الأب كل امرأة جو معة بنكاح جائز أو فاسد أو فجور ولا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو كبيرة وليس في هذه المعاني ما يبنى عن الحاجة فلا يكون ايضاً بالتصدق بخلاف الوصية لارامل بنى فلان وهن لا يحصين إنما جائز لأن اسم الارملة يبنى عن الحاجة على ما يندفع وصية بالصدقة ثم إذا كن يحصين حتى جازت الوصية يدخل فيها الصغيرة والبالغة والغنية والفقيرة لأن الاسم في اللغة لا يتعرض لما سوى الأنوثة وحلول الجماع بها في قبلها وفراقها زوجها وقال الله تبارك وتعالى وانكحوا الايامى منكم وأنه يتناول الكبيرة والصغيرة حتى يجوز انكاح الصغار كما يجوز انكاح الكبار وكذا لا يتعرض للفقر والغنى لأنه سبحانه وتعالى قال عز من قائل ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ولو كان متعرضاً لشيء من ذلك لم يكن قوله سبحانه وتعالى ان يكونوا فقراء معنى وهذا الذي ذكرنا أن الأيم اسم لامرأة جو معة في قبلها فارقها زوجها قول عامة المسلمين وقال أبو القاسم الصنفار البلخي وأبو الحسن الكرخي رحمهما الله ان الجماع ليس شرطاً لثبوت هذا الاسم وكذا الأنوثة بل يقع هذا الاسم على المدخول بها وعلى البكر ويقع على الرجل كما يقع على المرأة واحتج بقول الشاعر

ان القبور تنكح الايامى * النسوة الارامل اليتامى

ومعلوم أن القبر يضم البكر إلى نفسه كما يضم الثيب وقال الشاعر

فان تنكحى أنكح وان تنأى * مدا الدهر ما لم تنكحى أنأى

أي أمكث بلا زوج ما مكثت أنت بلا زوج وقال آخر

فلا تنكحن بجارة ان شرها * عليك حرام فانكحن أوتايما

والجواب أن حنيفة اللغة ما حكينا عن قلة اللغة وهم أهل دقائق الالفاظ فيقبل نقلهم أياها فيما وضعت له وما ورد في استعمال بعض الفصحاء معدولاً به عن تلك الحقائق فحمل على الجازما بطريق المقابلة والازدواج أو باعتبار بعض المعاني التي وضع لها الاسم والدليل على أن الأنوثة أصل وأنه لا يقع على الذكر أنه لا يدخل علامة التأنيث فيه يقال امرأة أيم ولا يقال أيمسة ولو كان الاسم يتناول الذكر والآن في لقوا بينهما ما بداخل علامة التأنيث في المرأة وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني ان ما ذكر محمد في صفة الأيم جو معة بفجور أو غير فجور مذهبهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله التي جو معة بفجور لا تدخل في هذه الوصية لأن التي جو معة بفجور بكر لا أيم عنده حتى

تزوج كما تزوج الأبكار عنده ومنهم من قال هذا قولهم جميعاً لأنها أيم حقيقة لوجود الجاهل إلا أنها تزوج كما تزوج
الأبكار عنده لمشاركته الأبكار عنده في المعنى الذي أقيم فيه السكوت مقام الرضا نطقاً في حقها باعتبار السكوت
وهو الحياء على ما عرف في مسائل الخلاف ولو أوصى لكل ثيب من بنى فلان أن كن يحصين صحت الوصية لما ذكرنا
في المسائل المتقدمة ويدخل تحت هذه الوصية كل امرأة جومعت بحلال أو حرام لها زوج أو لم يكن لها زوج
بلغت مبلغ النساء أو لم تبلغ كذا ذكر محمد ويدخل فيه الفقيرة والغنية والصغيرة والكبيرة لأن اللفظ لا يتعرض لذلك
وقال الله تبارك وتعالى ييت وأبكاراً أدخل فيه الصغار والكبار والفقيرات والغنيات يدل عليه أنهن دخلن فيما
يقابلن وهو قوله سبحانه وتعالى وأبكاراً فكذا في قوله تعالى ييت فدل الأمر على اشتراط الدخول لأنه قابل الثيبات
بالأبكار وهن اللاتي لم يجامعن فكانت الثيبات اللاتي جومعن لتصح المقابلة ولا تشتط مفارقتها زوجها بخلاف
الارملة لأن اللغة كذا تقتضي فيتبع فيه وضع أرباب اللغة ولا يدخل فيه الرجل لأن هذا الاسم لا يتناول الرجل حقيقة
وان ورد في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة لأن ذلك إطلاق
بطريق المجاز للزواج والمقابلة وان كن لا يحصين لم تجز الوصية لأنه ليس في الاسم ما ينبئ عن الحاجة لما ذكرنا
أنه اسم لآني من بنات آدم عليه الصلاة والسلام جومعت وليس في الأوصاف المذكورة في الحد ما ينبئ عن الحاجة
فلا يراد بهذه الوصية التملك والتملك مجهول فلا يصح ولو أوصى لكل بكر من بنى فلان يجوز إذا كن محصوات
لما قلنا ويدخل فيه الصغيرة والكبيرة الغنية والفقيرة إذ البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره كذا قال محمد رحمه
الله وإطلاق هذا الاسم على الذكور في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
بطريق المجاز وهو المجاز بطريق المقابلة والازدواج أو كان لها حقيقة ثم غلب استعماله في متعارف الخلق على الآني
فصار بحال لا تنصرف أو هام الناس عند إطلاقه إلا إلى الآني فيحمل الحديث على المجاز ولو كانت عذرتها زالت
بالوضوء أو بالوثبة أو بذور الدم تستحق الوصية لأنها لم تجامع ومن الناس من خالف محمد رحمه الله قالوا إن هذه أيضاً
لا تستحق الوصية لأنها ليست ببكر والصحيح ما ذكره محمد رحمه الله لما ذكرنا وذكر محمد رحمه الله أن التي زالت
بكارتها فجوز لا تكون بكر أولاً تكون لها وصية وقال بعض مشايخنا منهم الفقير أبو جعفر الهندي رحمه الله إن هذا
قولهما (فاما) عند أبي حنيفة رحمه الله فإنها بكر وتستحق الوصية ومنهم من قال لا خلاف في أنها لا تستحق الوصية
لأنها ليست ببكر حقيقة لعدم حد البكارة وانما تزوج الأبكار عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا والله سبحانه
وتعالى أعلم بالصواب ولو أوصى لذوي قرابته أو قراباته أولاً ونسابه أولاً ورحامه أولاً وذوي أرحامه هذه الألفاظ الخمسة
سواء فعند أبي حنيفة الوصية بهذه الألفاظ للأقرب فالأقرب فالأصل إن عند أبي حنيفة عليه الرحمة يعتبر في هذه
الوصية خمسة أشياء الرحم المحرم والأقرب فالأقرب وجمع الوصية وهوانان فصاعداً وإن يكون سوى الوالدين
والمولودين وأن يكون ممن لا يرث وعندهما يدخل في هذه الوصية ذوو الرحم المحرم والقريب والبعيد إلى أقصى أب له
في الإسلام حتى لو أوصى للعلوية والعباسية يصرف الثلث إلى من اتصل بسيدنا على وبسيدنا العباس رضي الله
عنهما إلا إلى من فوقهما من الأباء ولا خلاف في اعتبار الأوصاف الثلاثة وهي اعتبار جمع الوصية وإن لا يكون والداً
ولا ولداً وإن يكون ممن لا يرث (أما) الأول فلان لفظ ذوى لفظ جمع وأقل الجمع في باب الوصية اثنان لأن الوصية
أخت الميراث وفي باب الميراث كذلك فإن الثنتين من البنات والأخوات الحقت بالثلاث فصاعداً في استحقاق الثلثين
وحجب الأم من الثلث إلى السدس على ما مر حتى لو أوصى لذوى قرابته استحق الواحد فصاعداً كل الوصية لأن
ذى ليس بلفظ جمع وأما الثاني فلان الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفاً وحقيقة أيضاً لأن الأب أصل والولد
فرعه وجزؤه والقريب من يقرب من غيره لا من نفسه فلا يتناول اسم القريب وقال الله سبحانه وتعالى الوصية
لوالدين والأقرب بين عطف الأقرب على الوالد والعطف يقتضي المغايرة في الأصل وإذا لم يدخل الوالد والولد في

هذه الوصية فهل يدخل فيها الجد وولد الولد ذكر في الزيادات انهما يدخلان ولم يذكر فيه خلافا وذكر الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله انهما لا يدخلان وهكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد فاذا لم يدخل فيهما الوالد والولد كذا الجد وولد الولد (وأما) الثالث فلما روينا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث وانما الخلاف في موضعين أحدهما أنه يعتبر المحرم عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتبر والثاني أنه يعتبر الأقرب فالأقرب عنده وعندهما لا يعتبر (وجه) قولهما أن القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد القرب فيتناول الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد وصار كما لو أوصى لا خوته أنه يدخل الاخوة لاب وأم والاخوة لاب والاخوة لام لكونه اسما مشتقا من الاخوة كذا هذا والدليل عليه ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه لما نزل قوله تبارك وتعالى وأنذر عشيرتكم الاقرب بين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشاً شخص وعم فقال يا معشر قريش اتقوا أنفسكم من النار فاني لأملك لكم من الله تبارك وتعالى ضراً ولا نفعاً يا معشر بني قصى اتقوا أنفسكم من النار فاني لأملك لكم من الله عز شأنه ضراً ولا نفعاً وكذلك قال عليه الصلاة والسلام لبنى عبد المطلب ومعلوم أنه كان فيهم الأقرب والا بعد وذو الرحم المحرم وغير المحرم فدل أن الاسم يتناول كل قريب الا أنه لا يمكن العمل بعمومه لتعذر ادخال أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام فيه فتعتبر النسبة الى أقصى أب في الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة بالاسلام والشرف به فصار الجد المسلم هو النسب فتشرفوا به فلا يعتبر من كان قبله ولا بنى حنيفة رحمه الله أن الوصية لما كانت باسم القرابة أو الرحم فالقرابة المطلقة هي قرابة ذى الرحم المحرم ولان معنى الاسم يتكامل بها وأما في غيرها من الرحم غير المحرم فنأقص فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره لانه لو كان حقيقة لغيره فاما أن يعتبر الاسم مشتركاً أو عاماً ولا سبيل الى الاشتراك لان المعنى متجانس ولا الى العموم لان المعنى متفاوت فتعين أن يكون الاسم لما قلنا حقيقة ولغيره مجازاً بخلاف الوصية لا خوته لان مأخذ الاسم وهو الاخوة لا يتفاوت فكان اسما عاماً فيتناول الكل وهما بخلافه على ما بينا ولان المقصود من هذه الوصية هو صلة القرابة وهذه القرابة هي واجبة الوصل محرمة القطع لتلك والظاهر من حال المسلم الدين المسارعة الى اقامة الواجب فيحمل مطلق اللفظ عليه بخلاف ما اذا أوصى لا خوته لان قرابة الاخوة واجبة الوصل محرمة القطع على اختلاف جهاتها فهو الفرق بين الفصلين وجواب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على زعمهما كان يستقيم في زمانهما لان أقصى أب الاسلام كان قريباً يصل اليه بثلاثة آباء أو أربعة آباء فكان الموصى له معلوماً فاما في زماننا فلا يستقيم لان عهد الاسلام قد طال فتقطع الوصية لقوم مجهولين فلا تصح الا أن نقول انه يصرف الى أولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه والى أولاد أمه وأولاد جدته وجدة أمه لان هذا القدر قد يكون معلوماً فيصرف اليهم فاما الزيادة على ذلك فلا والله سبحانه وتعالى أعلم فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثته بان مات وترك ابنا وعمين وخالين فالوصية للعمين لا للخالين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يعتبر الأقرب فالأقرب والعمان أقرب اليه من الخالين فكانا أولى بالوصية وعندهما الوصية تكون بين العمين والخالين أرباعاً لان القريب والبعيد سواء عندهما ولو كان له عم واحد وخالان فللعم نصف الثلث وللخالين النصف الآخر لان الوصية حصصت باسم الجمع وأقل من يدخل تحت اسم الجمع في الوصية اثنان فلا يستحق العم الواحد أكثر من نصف الوصية لان أقل من ينضم اليه مثله واذا استحق هو النصف بقي النصف الآخر لا مستحق له أقرب من الخالين فكان لهما وعندهما يقسم الثلث بينهم أثلاثاً لا استواء الكل في الاستحقاق فان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذوى الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه والنصف بردي على ورثة الموصى عنده لان العم الواحد لا يستحق أكثر من النصف فبقي النصف الآخر لا مستحق له فتبطل فيه الوصية وعندهما يصرف النصف الآخر الى ذى الرحم الذي ليس بمحرم ولو أوصى لاهل بيته يدخل فيه من جمعه آباؤهم أقصى أب في الاسلام حتى ان الموصى لو كان علواً يدخل في هذه الوصية كل من ينسب الى سيدنا على رضي الله

عنه من قبل الاب وان كان عباسيا يدخل فيها كل من ينسب الى العباس رضى الله عنه من قبل الاب سواء كان بنفسه
ذكر ا أو اثنى بعد ان كانت نسبته اليه من قبل الآباء ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الام لان المراد من أهل البيت
أهل بيت النسب والنسب الى الآباء وأولاد النساء آبائهم قوم آخرون فلا يكون من أهل بيته ويدخل تحت الوصية
لاهل بيته أبوه وجدده اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان أبوه ومن ينسب الى بيته فلا باب أحد البيت فيدخل في
الوصية ولا يدخل في الوصية بالقرابة لان القرابة من تقرب الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا يوجد في اب
وكذلك لو أوصى لنسبه أو حسبته فهو على قرابته الذين ينسبون الى أقصى أب له في الاسلام حتى لو كان أباه على غير
دينه دخلوا في الوصية لان النسب عبارة عن ينسب الى الاب دون الام وكذلك الحسب فان الهاشمي اذا تزوج
أمة فولدت منه ينسب الولد اليه لا الى أمه وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه فثبت أن النسب والحسب يختص بالاب
دون الام وكذلك اذا أوصى لجنس فلان فهم بنو الاب لان الانسان يتجسس بآبائه ولا يتجسس بأمه فكان المراد
منه جنسه في النسب وكذلك اللحمة عبارة عن الجنس وذكر المعلى عن أبي يوسف اذا أوصى لقرابته فالقرابة
من قبل الاب والام والجنس واللحمة من قبل الاب لان القرابة من تقرب الى الانسان بغيره وهذا المعنى يوجد في
الطرفين بخلاف الجنس على ما بينا وكذلك الوصية لفلان هو بمنزلة الوصية لاهل بيت فلان فلا يدخل أحد
من قرابة الام في هذه الوصية ولو أوصى لاهل فلان فالوصية لزوجته فلان خاصة في قول أبي حنيفة وعندهما هذا
على جميع من يعولهم فلان فمن تضمنه نفقته من الاحرار فدخل فيه زوجته واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان
كان كبير اقداء عزل عنه أو كان بنتا قد تزوجت فليس من أهله ولا يدخل فيه مما ليك ولا وارث الموصى ولا الموصى
لا هله (وجه) قوله ما أن الاهل عبارة عن ينفق عليه قال الله تبارك وتعالى خيرا عن نبي سيدنا نوح عليه الصلاة
والسلام ان ابني من أهلي وقال ببارك وتعالى في قصة لوط عليه الصلاة والسلام فنجنياد وأهله ولا بى حنيفة
رحمه الله ان الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل
وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك ولا يدخل فيه المالك لانهم لا يسمون أهل المولى ولا
يدخل فيه وارث الموصى لانه ان خرج منه لا يدخل فعند الاطلاق أولى ولا يدخل فلان الذي أوصى لاهله لان
الوصية وقعت للمضاف اليه والمضاف غير المضاف اليه فلا يدخل في الوصية كما لو أوصى لولد فلان ان فلانا لا يدخل
في الوصية لما قلنا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بثلاث ماله لا خوته وله ست اخوة متفرقة وله أولاد
يحوزون ميراثه فالثالث بين اخوته سواء لانهم في استحقاق الاسم سواء بخلاف الوصية لا قرباء فلان انه يصرف الى
الاقرب فالاقرب عند أبي حنيفة لان القرابة تحتل التفاوت في القرب والبعد وأما الاخوة فلا تحتل التفاوت ألا
ترى انه يقال هذا اقرب من فلان ولا يقال هذا أكثر اخوة من فلان هذا اذا كان له ولد يحوز ميراثه فان لم يكن فلا شيء
للاخوة من الاب والام والاخوة من الام لانهم ورثة ولا وصية لوارث وللأخوة من قبل الاب ثلث ذلك الثلث
لانهم لا يرثون ولا يقال اذا لم تصح الوصية للاخوة لاب وأم وللأخوة لا م ينبغي ان يصرف كل الثلث الى الاخوة
للاب لاننا نقول نعم هكذا لم تصح الاضافة الى الاخوة لاب وأم وإلى الاخوة لا م والاضافة اليهم وقعت صحيحة
بدليل انه لو أجازت الورثة جازت الوصية لهم وصار هذا كرجل أوصى بثلاث ماله لثلاثة نفر فأتنا منهم
قبل موت الموصى فللباقى منهم ثلث الثلث لان الاضافة اليهم وقعت صحيحة كذا هذا بخلاف ما اذا أوصى لفلان
وفلان وأحد هما ميت لان هناك الاضافة لم تصح لان الميت ليس بمحل للوصية أصلا فلم يدخل تحت الاضافة
قال أبو يوسف رحمه الله في رجل أوصى بثلاث ماله في الصلوة وله اخوة واخوات وبنواخ وبنواخت يوضع
الثلث في جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لا قل من ستة أشهر لان الصلوة يراد بها صلوة الرحم فكانه نص
عليه ومن ولد منهم لا قل من ستة أشهر علم انه كان موجودا يوم موت الموصى فيدخل في الوصية وذكر محمد رحمه

الله في الزيادات اذا أوصى بثلاث ماله لاختانه ثم مات فلاختان أزواج البنات والاخوات والعمات والحالات
فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصي فزوجها من أختانه وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضا
من أختانه ولا يكون الاختان الا أزواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذي الرحم المحرم ولا يكون من
الاختان من كان من قبل نساء الموصي أي زوجاته لان من ينسب الى الزوجة فهو وصير وليس بختن على ما ذكرنا
شاء الله تعالى وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة وذكر محمد رحمه الله في الاملاء أيضا اذا قال قد أوصيت لاختاني
فاختانه أزواج كل ذات رحم محرم من الزوج فان كانت له أخت و بنت أخت وخالة ولكل واحدة منهن
زوج وزوج كل واحدة منهن أب فكلهم جميعا أختان والثالث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سواء أم الزوج
وأختانه وغير ذلك فيه سواء على ما بينا فقد نص محمد رحمه الله في موضعين على ان الاختان ما ذكره وقول محمد حجة في
اللغة وقال في الاملاء اذا قال أبو هيثم بثلاث مالى لا صهارى فهو على كل ذي رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه
وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه فهو لاء كلهم أصهاره ولا تدخل في ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا
امرأة أخيه وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة والدليل أيضا على ان الاصهار من كان من أهل الزوجة ما روى انه عليه
الصلاة والسلام لما اعتق صفية وتر وجها اعتق من ملك ذارحم محرم منها اكرامها وكانوا يسمون اصهاره عليه
الصلاة والسلام وقال في الاملاء قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا أوصى فقال ثلث مالى لجيراني فهو لجيرانه الملاصقين
لداره من السكان عبيدا كانوا أو أحرارا نساء كانوا أو رجالا ذمة كانوا أو مسلمين بالسوية قربت الابواب او بعدت
اذا كانوا ملاصقين للدار وعندهما الثلث هؤلاء الذين ذكرهم أبو حنيفة رضى الله عنه ولغيرهم من الجيران من أهل
الحلقة ممن يضمهم مسجد او جماعة واحدة ودعوة واحدة فهو لاء جيرانه في كلام الناس وقال في الزيادات عن أبي
حنيفة رضى الله عنه اذا أوصى لجيرانه فقياسه ان يكون للملاصقين وقول أبي حنيفة عليه الرحمة ينبغي ان يكون الثلث
للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي تجب لاجلها الشفعة ومن كان منهم له دار في تلك الدور وليس بساكن فيها
فليس من جيرانه قال محمد رحمه الله فاما أنا فاستحسن ان أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك الدور وغيرهم ممن
لا يملكها ولمن يجمعهم مسجد تلك الحلقة التي فيها الموصي من الملاصقين وغيرهم السكان ممن في تلك الحلقة وغيرهم سواء في
الوصية الا قربون والا بعدون والكافر والمسلم والصبي والمرأة في ذلك سواء وليس للمالك والمديرين وأمهات
الاولاد في ذلك شيء (وأما) المكاتبون فهم في الوصية اذا كانوا ساكني الحلقة (وجهه) قوله ما ان اسم الجار كما يقع على
الملاصق يقع على المقابل وغيره ممن يجمعهم مسجد واحد فان كل واحد منهما يسمى جارا وقال عليه الصلاة والسلام
لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد (وروى) ان سيدنا عليا رضى الله عنه فسر ذلك فقال هم الذين يجمعهم مسجد
واحد ولا يقصود الموصي من الوصية للجار هو البر به والاحسان اليه وانه لا يختص بالملاصق ولا بى حنيفة رحمه
الله ان الجوار المطلق ينصرف الى الحقيقة وهي الاتصال بين المالكين بلا حائل بينهما هو حقيقة المجاورة فامامع الحائل
فلا يكون مجاورا حقيقة ولهذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل لانه ليس بجار حقيقة (ومطلق) الاسم محمول على
الحقيقة ولان الجيران الملاصقين هم الذين يكون لبعضهم على بعض حقوق يلزم الوفاء بها حال حياتهم فالظاهر انه
أراد بهذه الوصية قضاء حق كان عليه واذا كان كذلك فتنصرف الوصية الى الجيران الملاصقين الا انه لا بد من
السكنى في الملك الملاصق لملك الموصي فاذا وجد ذلك صار كانه جاره فيستحق الوصية والمذكور في الحديث جار
المسجد وجار المسجد فسره على رضى الله تعالى عنه فاذا أوصى لمولى فلان وهو أبو نخذ أو قبيلة أو لبني فلان فانه يصير
كانه قال لمولى قبيلة فلان ولبنى قبيلة فلان ويريد به المنتسبين اليهم بالنسب والمنتسبين اليهم بالولاء هذا هو المتعارف
بين أهل اللسان ومطلق الكلام ينصرف اليه ويصير كالمنطوق بما هو المتعارف عندهم ولو قال نص هذا ثبت المال
للمنتسبين الى هذه القبيلة والمنتسبين اليهم بالولاء كان الجواب ما قلنا كذا هو المتعارف ما اذا لم يكن فلان أبناخذ أو قبيلة

فان هناك لا عرف فعمل بحقيقة اللفظ ولا يصار الى المجاز الا بالدليل الظاهر ولا يدخل فيه مولى الموالاة لان مولى العتاقة يتقدم عليه والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا خلاف في انه اذا قال ثلث مالي لموالي فلان انه يدخل في الوصية جميع من نجز اعتاقه في صحته وفي مرضه وسواء كان أعتقه قبل الوصية أو بعدها لان ثلث الوصية متعلق بالموت وكل من أعتقه في المرض أو في الصحة بعد ان نجز اعتاقه صار مولى بعد الموت فيستحق الوصية فاما المدبرون وأمهات الاولاد فهل يدخلون تحت هذه الوصية (روى) عن أبي يوسف انهم يدخلون وروى عنه رواية أخرى انهم لا يدخلون وهو قول محمد ذكروه في الجامع وجه الرواية الاولى ان تعلق نفوذ الوصية او ان الموت وهم موالية في ذلك الوقت فانهم يستحقون الوصية (وجه) ظاهر الرواية ان أوان نفوذ الوصية وهو وقت الموت او ان غنثهم فيعتقون في تلك الحالة ثم يصيرون موالية بعده والوصية تناولت من كان مولى عند موته وهم في تلك الحالة ليسوا بموالية فلا يدخلون في الوصية (ولو كان) قال ذلك بعد ان قال ان لم اضربك فانت حر فانت قبل ان يضرب به عتق ودخل في الوصية لانه عتق في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة ووقوع الياس عن حصوله من قبله فيصير مولى له ثم يعتقه الموت ثم تنفذ الوصية فكان مولى وقت نفوذ الوصية ووجوبها بخلاف المسألة الاولى والله تعالى أعلم بالصواب

﴿وأما﴾ الذي يرجع الى الموصى به فانواع منها ان يكون مالا او متعلقا بالمال لان الوصية ايجاب الملك او ايجاب ما يتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والاعتاق ومحل الملك هو المال فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد ولا حدلا نهما ليسا بمال في حق أحد ولا يجلد الميتة قبل الدباغ وكل ما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع (ومنها) ان يكون المال متقوما فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فانها وان كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقومة في حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالتلاف فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر ويجوز ذلك من الذمي لانها مال متقوم في حقهم كالخل وتجوز بالكلب المعلم لانه متقوم عندنا ألا ترى انه مضمون بالتلاف ويجوز بيعه وهبته سواء كان المال عينا أو منفعة عند عامة العلماء حتى تجوز الوصية بالمنافع من خدمة العبد وسكنى الدار وظهر الفرس وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تجوز الوصية بالمنافع (وجه) قوله ان الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث لان نفاد الوصية عند الموت وعند الموت تحضل المنافع على ملك الورثة لان الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبة فكانت المنافع ملكهم لان الرقبة ملكهم فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح ولان الوصية بالمنافع في معنى الاعارة اذا لا اعارة تملك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك والعارية تبطل بموت المعير فالموت لما أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد صحته فلان يمنع من الصحة أولى لان المنع أسهل من الرفع (ولنا) انه لما ملك تملك حال حياته بعقد الاعارة والا اعارة فلان يملك بعقد الوصية أولى لانه أوسع العقود ألا ترى انها تحتل مالا يحتمله سائر العقود من عدم الحل والحظر والجهالة ثم لما جاز تملكها ببعض العقود فلان يجوز بهذا العقد أولى والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (وأما) قوله ان الوصية وقعت بمال الوارث فمنع وقوله ملك الرقبة عند موت الموصى مسلم لكن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة اذا أفرد المنفعة بالتملك واذا لم يفرد الا اول ممنوع والثاني مسلم وهنا أفرد بالتملك فلا يتبع ملك الرقبة وهذا لان الموصى اذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصودا بالتملك وله هذه الولاية فلا يبقى تبعاً لملك الذات بل يصير مقصودا بنفسه بخلاف الاعارة لان المعير وان جعل ملك المنفعة مقصودا بالتملك لكن في الحال لا بعد الموت لانه انما يعار الشيء للانتفاع في حال الحياة عادة لا بعد الموت فينتفي العقد بالموت وأما الوصية فتتبع ملك الموت فكان قصده تملك المنفعة بعد الموت فكانت المنافع مقصودة بالتملك بعد الموت فهو الفرق ونظيره من وكل وكيل في حال حياته فمات الموكل ينزل الوكيل ولو أضاف الوكالة الى ما بعد موته جاز حتى يكون وصيا بعد موته وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت لان الوصية بالمنافع في معنى الاعارة لانها تملك المنفعة بغير عوض ثم الاعارة تصح مؤقتة ومطلقة عن الوقت وكذا الوصية غير انها اذا كانت

مطلقة فللموصى له ان ينتفع بالعين ما عاش واذا كانت مؤقتة بوقت فله ان ينتفع به الى ذلك الوقت واذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التي أوصى بمنفعتها من الثلث ولا يضم اليها قيمة وان كان الموصى به هو المنفعة والعين ملك لم يزل عنه لان الموصى بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لقوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه والموصى لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث فاعتبر خروج العين من ثلث المال (ولهذا) لو أجل المريض مرض الموت ديناً معجلاً له لا يصح الا في الثلث وان كان التأجيل لا يتضمن ابطال ملك الدين لكن لما كان فيه منع الوارث عن الدين قبل حلول الاجل لم يصح الا في قدر الثلث كذا ههنا واذا كان المعتبر خروج العين من الثلث فان خرجت من الثلث جازت الوصية في جميع المنافع فللموصى له ان ينتفع بها فيستخدم العبد ويسكن الدار ما عاش ان كانت الوصية مطلقة عن الوقت فاذا مات الموصى له بالمنفعة انتقلت الى ملك صاحب العين لان الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له لانها تملك بالمنفعة بغير عوض كالا عارة فتبطل بموت المالك اياه كما تبطل الا عارة بموت المستعير على ان المنافع باقراها لا تحتل الارث وان كان تملكها بعوض على أصل أصحابنا رضي الله عنهم كاجارة فلان لا يحتل فيما هو تملك بغير عوض أولى بخلاف ما اذا أوصى بغلة داره أو غيرة فحلت له الوصى له وفي النخل ثمره وان كان وجب بما استغل الدار آخر ان ذلك يكون لورثة الموصى له لان ذلك عين ملكها الموصى له وتركه بالموت فيصير ميراثاً لورثته وفي المنفعة لا حتى ان ما يحصل بعد موته لا يكون لورثته بل لورثة الموصى لانه لم يملكه الموصى له فلا يورث وان كانت العين لا تخرج من ثلث مالها جازت الوصية في المنافع في قدر ما تخرج العين من ثلث مالها بان لم يكن له مال آخر سوى العين من العبد والدار تقسم المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثاً ثلثها للموصى له وثلثاها للورثة فيستخدم الموصى له العبد يوماً والورثة يومين وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها مادام الموصى له حياً فاذا مات ترد المنفعة الى الورثة وحكى أبو يوسف عن ابن أبي ليلى رحمهما الله انه اذا أوصى بسكنى داره لرجل وليس له مال غيرها ولم تجز الورثة ان الوصية باطلة لان الوصية لم تصح في الثلثين والشيوع شائع في الثلثين والشيوع يؤثر في المنافع كما في الاجارة (وهذا) لا يفرع على أصل ابن أبي ليلى لان الوصية بالمنافع باطلة على أصله فتبقى السكنى كلها على ملك الورثة فلا يتحقق الشيوع ولو أراد الورثة بيع الثلثين أو القسمة ليس لهم ذلك (عند) أبي حنيفة وعند أبي يوسف لهم ذلك (وجه) قول أبي يوسف ان الملك مطلق للتصرف في الاصل وانما الامتناع لتعلق حق الغير به وحق الغير بها تعلق بالثلث لا بالثلثين لان الوصية تعلق بالثلث لا غير فحلت للدار عن تعلق حق الغير بها فكان لهم ولاية البيع والقسمة وكذا الحاجة دعت الى القسمة لتكميل المنفعة ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن حق الموصى له بالمنفعة متعلق بمنافع كل الدار على الشيوع وذلك يمنع جواز البيع كما في الاجارة فان رقبة المستأجر ملك المؤجر لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع وقاذه بدون اجازة المستأجر كذا ههنا وكذا في القسمة ابطال حق الموصى له هذا اذا كانت الوصية بالمنافع مطلقة عن الوقت فان كانت مؤقتة فان كانت العين تخرج من ثلث مالها فان الموصى له ينتفع بها الى الوقت المذكور فان كان المذكور سنة غير معينة فينتفع بها الموصى له سنة كاملة ثم يعود بعد ذلك الى الورثة وان كانت لا تخرج من ثلث مالها فيقدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر كانت المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثاً لا يخدم العبد يوماً للموصى له ويومين للورثة فيستوفي الموصى له خدمة السنة في ثلاث سنين وان كانت العين الموصى بمنفعتها داراً يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها يثنان مكاناً لان التهاؤ بالمكان في الدار يمكن وفي العبد لا يمكن لاستحالة خدمته العبد بثلثه لا حدهما وبثلثيه لا آخر فست الضرورة الى المهايئات زماناً وان كان المذكور من الوقت سنة بعينها بان قال سنة كذا أو شهر كذا فان كان الموصى به خدمة العبد فان كان العبد يخرج من الثلث ينتفع بها تلك السنة أو الشهر وان لم يكن له مال آخر ففي العبد ينتفع به الورثة يومين

والموصى له يوما وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثها على طريق المهايأة فإذا مضت تلك السنة أو ذلك الشهر على هذا الحساب يحصل للموصى له منفعة السنة أو الشهر ولو أراد أن يكل ذلك من سنة أخرى أو من شهر آخر ليس له ذلك لأن الوصية أضيفت إلى تلك السنة أو ذلك الشهر لا إلى غيرهما ولو عين الشهر الذي هو فيه أو السنة التي هو فيها بان قال هذا الشهر أو هذه السنة ينظر ان مات بعد مضي ذلك الشهر أو تلك السنة بطلت وصيته لأن الوصية نفادها عند موته وقدم مضي ذلك الشهر أو تلك السنة قبل موته فبطلت الوصية وان مات قبل أن يمضي ذلك الشهر أو السنة فإن كانت العين تخرج من الثلث ينتفع بها فيما بقي من الشهر أو السنة وان كانت لا تخرج وليس له مال آخر ففي العبد ينتفع بها الموصى له يوما والورثة يومين إلى أن يمضي ذلك الشهر أو السنة وفي الدار يسكنها اثلاثا على طريق المهايأة على ما بينا ولو أوصى بخدمة عبده لا نسان وبقبته لا آخر أو بسكنى داره لا نسان وبقبته لا آخر والرقبة تخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لأن المنفعة لما احتملت الافراد من الرقبة بالوصية حتى لا تملك الورثة الرقبة والموصى له بالمنفعة فيستوى فيها الافراد باستيفاء الرقبة لنفسه وتعليكها من غيره فيكون أحدهما موصى له بالرقبة والآخر بالمنفعة فإذا مات الموصى ملك صاحب الرقبة الرقبة وصاحب المنفعة المنفعة وكذلك اذا أوصى برقبة شجرة أو بستان لا نسان وبثمرته لا آخر أو برقبة أرض لرجل وبغلة لا آخر أو بأمة لرجل وبمافي بطنها لا آخر لان الثمر والغلة والحمل كل واحد منها يحتمل الافراد بالوصية فلا فرق بين أن يستبقى الاصل لنفسه وبين أن يملكه من غيره على ما ذكرنا في الوصية بالمنفعة وسواء كان الموصى به موجودا وقت كلام الوصية أو لم يكن موجودا عنده فالوصية جائزة الا اذا كان في كلام الموصى ما يقتضي الوجود للحال فتصح الوصية بثالث ماله ولا مال له عند كلام الوصية وكذلك تصح الوصية بغلة بستانه أو بغلة أرضه أو بغلة أشجاره أو بغلة عبده أو بسكنى داره أو بخدمة عبده وتصح الوصية بمافي بطن جاريته أو دابته وبالصوف على ظهر غنمه وباللبن في ضرعها وثمره بستانه وثمره أشجاره وان لم يكن شيء من ذلك موجودا للحال (وأما) وجوده عند موت الموصى فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة (فأما) في الثلث والعين المشار اليها فشرط حتى لو أوصى بثالث ماله وله مال عند كلام الوصية ثم هلك ثم مات الموصى بطلت الوصية وكذلك الوصية بمافي البطن والضرع وبمافي الظهر من الصوف واللبن والولد حتى لو مات الموصى بطلت الوصية اذا لم يكن ذلك موجودا وقت موته وأما في الوصية بالثمره فليس بشرط استحسانا والقياس أن يكون شرطا ولا يشترط ذلك في الوصية بغلة الدار والعبد والحاصل ان جنس هذه الوصايا على أقسام بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصى والذي يوجد بعد موته سواء ذكر الموصى في وصيته الابد أو لم يذكر وهو الوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد وبعضها يقع على الموجود قبل الموت ولا يقع على ما يحدث بعد موته سواء ذكر الابد أو لم يذكر وهو الوصية بمافي البطن والضرع وبمافي الظهر فان كان في بطنها ولد وفي ضرعها لبن وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصى فالوصية جائزة والا فلا وفي بعضها ان ذكر لفظ الابد يقع على الموجود والحادث وان لم يذكر فان كان موجودا وقت موت الموصى يقع على الموجود ولا يقع على الحادث وان لم يكن موجودا فالقياس ان تبطل الوصية كما في الصوف والولد واللبن وفي الاستحسان لا تبطل وتقع على ما يحدث كما لو ذكر الابد وهذه الوصية بثمره البستان والشجر انما كان كذلك لان الوصية انما تجوز فيما يجري فيه الارث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحياة والحادث من الولد وأخواته لا يجري فيه الارث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية بخلاف الغلة فان له نظيرا في العقود وهو عقد المعاملة والاجارة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد يدخلان تحت عقد الاجارة والاعارة فكان لهما نظير في العقود وأما الوصية بثمره البستان والشجر فلا شك انها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته ان ذكر الابد لان اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف فاذا ذكر الابد يتناولها وان لم يذكر الابد فان كان وقت موت

الموصى ثمرة موجودة دخلت تحت الوصية ولا يدخل ما يحدث بعد الموت وان لم يكن فالقياس ان لا يتناول ما يحدث وتبطل الوصية وفي الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية (وجه) القياس ان الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن والوصية بشي من ذلك لا يتناول الحادث كذا الثمرة (وجه) الاستحسان ان الاسم يحتمل الحادث وفي حمل الوصية عليه تصحيح العقد ويمكن تصحيحه لان له نظيراً من العتود وهو الوقف والمعاملة ولهذا لو نص على على الابد يتناوله بخلاف الولد والصوف واللبن لانه عتود ما لا يحتمله فلم يكن يمكن التصحيح ولهذا لو نص على الابد لا يتناول الحادث وههنا بخلافه ولو أوصى لرجل ببستانه يوم يموت وليس له يوم أوصى ببستان ثم اشترى ببستاناً ثم مات فالوصية جائزة لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت فيراعى وجود الموصى به وقت الموت ألا ترى انه لو أوصى له بعين البستان وليس في ملكه البستان يوم الوصية ثم ملكه ثم مات صحت الوصية ولو قال أوصيت الفلان بغلة ببستاني ولا ببستان له فاشترى بعد ذلك ومات ذكر الكرخى عليه الرحمة ان الوصية جائزة وذكر في الاصل انها غير جائزة (وجه) رواية الاصل ان قوله ببستاني يقتضى وجود البستان للحال فاذا لم يوجد لم يصح (والصحيح) ما ذكره الكرخى لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت فيستدعى وجود الموصى به عند الموت لا وقت كلام الوصية ولو أوصى لرجل بثلاث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فمات ولا غنم له فالوصية باطلة وكذلك العروض كلها لان الوصية تملك عند الموت ولا غنم له عند الموت فان لم يكن له غنم وقت كلام الوصية ثم استفاد بعد ذلك ذكر في الاصل ان الوصية باطلة لان قوله غنمى يقتضى غنما موجودة وقت الوصية كما قلنا في البستان وعلى رواية الكرخى رحمه الله ينبغي ان يجوز لما ذكرنا في البستان وكذلك لو قال أوصيت له بشاة من غنمى أو بقفير من حنطى ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة لما قلنا ولوم يكن له غنم ولا حنطة ثم استفاد بعد ذلك ثم مات فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما وبمثله لو قال شاة من مالى أو قفير حنطة من مالى وليس له غنم ولا حنطة فالوصية جائزة ويعطى قيمة الشاة لانه المأضاف الى المال وعين الشاة لا توجد فى المال علم انه اراد به قدر مالية الشاة وهى قيمتها ولو أوصى بشاة ولم يقل من غنمى ولا من مالى فمات وليس له غنم لم يذكروا هذا الفصل فى الكتاب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الوصية لان الشاة اسم للصورة والمعنى جميعا الا اننا حملنا هذا الاسم على المعنى فى الفصل الاول بقرينة الاضافة الى المال ولم توجد ههنا وقال بعضهم يصح لان الشاة اذا لم تكن موجودة فى ماله فالظاهر انه اراد به مالية الشاة تصحيحاً لتصرفه فيعطى قيمة شاة وقد ذكر فى السير الكبير مسألة تؤيد هذا القول وهى ان الامام اذا قتل سرية فقتل من قتل قتيلاً فله جارية من السبايا فان كان فى السبي جارية يعطى من قتل قتيلاً وان لم يكن فى السبي جارية لا يعطى شيئاً ولو قال من قتل قتيلاً فله جارية ولم يقل من السبي فانه يعطى من قتل قتيلاً قدر مالية الجارية كذا ههنا ولا يجوز الوصية بسكنى داره أو خدمة عبده أو ظهر فرسه للمساكين فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة ولا بد من ان يكون ذلك لانسان معلوم وعند ههنا رحمهم الله تجوز الوصية بذلك كله للمساكين كذا ذكر الكرخى فى مختصره وذكر فى الاصل والوصية بسكنى الدار وخدمة العبدانها لا تجوز ولم يذكر فيها الخلاف وانما ذكره فى الوصية بظهر الفرس (وجه) قولهما ان الوصية للمساكين وصية بطريق الصدقة والصدقة اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله عز وجل واحد معلوم ولهذا جازت الوصية بسائر الاعيان للمساكين فكذا بالمنافع ولا يبي حنيفة رضى الله عنه ان الموصى له بالخدمة والركوب والسكنى تلزمه النفقة على العبد والفرس والدار لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد بقاء الدين ولا يبقى عادة بدون النفقة فبعد ذلك لا يخلو اما ان تلزمه النفقة أولاً فان لم تلزمه النفقة لا يمكن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكن ايجابها على الورثة لان المؤنة لا تجب الا على من له المنفعة والمنفعة للموصى له لا للورثة ولا يمكن الاستغلال بان يستغل فينفق عليه من الغلة لان الوصية لم تقع بالغلة ولان الاستغلال يقع تبديلاً للوصية وانه لا يجوز فتعذر تنفيذ هذه الوصية وان لم تلزمه النفقة فكان هذا معاوضة معنى

لا وصية ولا صدقة والجهالة تمنع صحة المعاوضة وهذا المعنى لا يوجد في الا عيان وفي الوصية لرجل بعينه وقيل ان الوصية بظهر فرسه للمساكين أو في سبيل الله تبارك وتعالى فريضة مسئلة الوقف أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه لو جعل فرسه للمساكين ووقف في حال الحياة لا يجوز ولا تجوز الوصية به بعد الوفاة وعندهما لو جعله وقف في حال حياته جاز فكذا إذا وصى بعد وفاته وسواء كان الموصى به معلوماً أو مجهولاً فالوصية جائزة لأن هذه جهالة تمكن ازالته من جهة الموصى مادام حياً ومن جهة ورثته بعدم موته فاشبهت جهالة المقر به في حال الاقرار وانها لا تمنع صحة الاقرار بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار كذا جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية أيضاً وعلى هذا مسائل بعضها يرجع الى بيان قدر ما يستحقه الموصى له من الوصايا التي فيها ضرب ابهام و بعضها يرجع الى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية المجهول بالحساب وهي المسائل الحسابية وبيان هذه الجمل في مسائل منها ما إذا وصى لرجل بجزء من ماله أو بنصيب من ماله أو بطائفة من ماله أو ببعض أو بشقص من ماله فان بين في حياته شيئاً والأعطاء الورثة بعدم موته ماشاءوا لان هذه الالفاظ تحمل القليل والكثير فيصح البيان فيه مادام حياً ومن ورثته اذا مات لانهم قاعون مقامه لو وصى بالشيء أو القليل أو اليسير أو زهاء ألف أو جل هذه الالف أو عظم هذا الالف وذلك يخرج من الثلث فله النصف من ذلك وزيادة وما زاد على النصف فهو الى الورثة يعطون منه ماشاءوا لان القليل والكثير واليسير من أسماء المقابلة فلا يكون قليلاً ولا كثيراً بمقابلته أكثر منه فيقتضي وجوده أكثر وهو النصف وزيادة عليه وتلك الزيادة مجعولة فيعطيه الورثة من الزيادة ماشاءوا والشيء في مثل هذا الموضع يراد به اليسير وقوله جل هذه الالف وعامة هذه الالف وعظم هذه الالف عبارات عن أكثر الالف وهو الزيادة على النصف وزهاء ألف عبارة عن القريب من الالف وأكثر الالف قريب من الالف ولو وصى له بسهم من ماله فله مثل أخس الانصباء يزداد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما رحمهما الله ما لم يزد على الثلث كذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على السدس عند أبي حنيفة وعندهما لا يزداد على الثلث فعلى رواية الاصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز وبيان هذه الجملة اذا مات الموصى وترك زوجة وابناً فالموصى له على رواية الاصل أخس سهام الورثة وهو الثمن ويزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطى تسع المال وعلى رواية الجامع الصغير يعطى السدس لانه أخس سهام الورثة ولو ترك زوجة وأخاً وأباً أو أباً فـ للموصى له السدس عنده لان أخس سهام الورثة ربع ههنا وهو لا يجوز الزيادة على السدس وعندهما له ربع لانه أقل سهام الورثة وان أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال وكذلك لو ماتت امرأة وترك زوجاً وابناً ولو ترك ابنتين فله السدس عنده وعندهما له ثلث جميع المال وكذلك ان ترك ثلاث بنين فان ترك خمسة بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما يجعل المال على ثلاثة أسهم ثم يزداد عليه سهم فيعطى أربعة اذا وان أقر بسهم من داره لانسان فله السدس عنده وعندهما البيان الى المقر وكذلك اذا أعتق سهماً من عبده يعتق سدسه عنده لا غير وعندهما يعتق كله لان العتق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ (وجه) قولهما ان السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء لانه لا يسمى سهما الا بعد القسمة فيقدر بواحد من انصباء الورثة والاقل متيقن فيقدر به الا اذا كان يزيد ذلك على الثلث فيزداد الى الثلث لان الوصية لا جواز لها بأكثر من الثلث من غير اجازة الورثة ولا في حنيفة رضي الله عنه (ماروى) عن ابن مسعود رضي الله عنه انه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال له السدس (والظاهر) ان الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعاً وروى عن اياس بن معاوية رضي الله عنه انه قال السهم في كلام العرب السدس لانه يستعمل أيضاً في أحد سهام الورثة والاقل متيقن به فيصرف اليه فان كان أقل منه لا يبلغ به السدس لانه يحتمل انه أراد به السدس ويحتمل انه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزداد على أقل سهامهم بالشك

والاحتمال ولو أوصى له بمائة دينار الادرهم أو بكر حنطة الادرهم أو بالاحتوم شعير جاز وهو كما قال وكذلك لو قال
دارى هذه أو عبدى هذا الادرهم جاز عن الثلث وبطل عنه قيمة مائة درهم وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله الاستثناء باطل ولقب المسئلة ان استثناء المقدر من المقدر في الجنس وخلاف الجنس
بعد ان كان الاستثناء مقدرًا بعد ان كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة صحيح عندهما وعنده
لا يصح الا في الجنس وهي من مسائل كتاب الاقرار ولو قال أوصيت لفلان ما بين العشرة والعشرين أو ما بين
العشرة الى العشرين أو من العشرة الى عشرين فهو سواء وله تسعة عشر درهما وكذلك لو قال ما بين المائة والمائتين أو
ما بين المائة الى المائتين أو من المائة الى المائتين فله مائة وتسعة وتسعون درهما وهذا قول أبى حنيفة وعندهما في
الاول عشرون وفي الثاني مائتان وعند زفر له ثمانية عشر في الاول ومائة وثمانية وتسعون في الثاني وأصل المسئلة
ان الغاييتين يدخلان عندهما وعند زفر رحمه الله لا يدخلان وعند أبى حنيفة عليه الرحمة تدخل الاولى دون الثانية
والمسئلة مرت في كتاب الطلاق ولو أوصى لفلان بعشرة دراهم في عشرة ونوى الضرب والحساب فله عشرة دراهم
عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له مائة درهم وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الطلاق ومثله لو أوصى لفلان بعشرة أذرع في
عشرة أذرع من داره فله مائة ذراع مكسرة (ووجهه) الفرق بين المسائلين على أصل أصحابنا الثلاثة ان الضرب يراد به
تكسير الاجزاء فيما يحتمل المساحة في الطول والعرض وذلك يوجد في الدار والدرهم موزونة وليس لها طول ولا
عرض فلا يراد بالضرب فيها تكسر أجزائها ومعنى قوله المكسرة أى المكسرة في المساحة وهو ان يكون طولها
عشرة أذرع وعرضها عشرة ولو أوصى له بثوب سبعة في أربعة فله ثوب سبعة كما قال وهو ثوب طوله سبعة أذرع وعرضه أربعة
أذرع لان مفهوم هذا اللفظ في الثوب هذا فينصرف اللفظ اليه ولو قال عبدى هذا وهذا لفلان وصية وهما
يخرجان من الثلث كان للورثة ان يعطوه أيهما شاءا لما ذكرنا ان الوارث يقوم مقام المورث في جهالة يمكن ازالتهما ولو كان
المورث حياً كان البيان اليه فاذا مات قام الوارث مقامه والفقهاء في ذلك ان الوصية تملك بعد الموت والورثة تقوم مقامه
في التملك بخلاف ما اذا قال عبدى هذا وهذا حر ان البيان اليه لا الى الورثة وينقسم العتق عليهما لان ذلك ليس
بتملك بل هو اتلاف الملك وقد انقسم ذلك عليهما اذ ليس أحدهما باولى من الآخر فلا يحتمل البيان من جهة الوارث
ولو أوصى له بحنطة في جوائق فله الحنطة دون الجوائق لان الموصى به الحنطة دون الجوائق والجوائق ليس من توابع
الحنطة ألا يرى لو باع الحنطة في الجوائق لا يدخل فيه الجوائق ويباع الحنطة مع الجوائق ليس بمعتاد فلا يدخل في
الوصية ولو أوصى له بهذا الجراب الهروى فله الجراب وما فيه لان الجراب يعتد بما به لما فيه عادة حتى يدخل في
البيع فكذا في الوصية وكذا لو أوصى له بهذا الدن من الخل فله الدن والخل وكذا لو أوصى بقوصرة تمر فله
القوصرة وما فيها لان الدن يعتد بما به للخل والقوصرة للتمر ولهذا يدخل ذلك في عقد البيع كذا في الوصية ولو أوصى
له بالسيف فله السيف بحفنه وحمائله (وقال) أبو يوسف له النصل دون الحفنه والحائل فاصل أبى يوسف في هذا
الباب انه يعتبر الاتصال والا تفصال فما كان متصلاً به يدخل وما كان منفصلاً عنه لا يدخل والحفنه والحائل
منفصلان عن السيف فلا يدخلان تحت الوصية به ولهذا لو أوصى بدار لا يدخل ما فيها من المتاع كذا هذا والمعتبر
على ظاهر الرواية التبعية والاتصال في العرف والعادة والحفنه والحائل يعتد تابعا للسيف عرفاً وعادة ألا ترى
انهما يدخلان في البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بسرج فله السرج وتوابعه من اللبد والرفادة والظفر والركابات
واللب في ظاهر الرواية لانه لا ينتفع بالسرج الا بهذه الاشياء فكانت من توابعه فتدخل في الوصية به وقال
أبو يوسف له الدفتان والركبان واللب ولا يكون له اللبد ولا الرفادة ولا الظفر لانهما منفصلتان عن السرج ولو أوصى
له بمصحف وله غلاف فله المصحف دون الغلاف في قول أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنهما كذا
ذكر القندورى عليه الرحمة وقال زفر رحمه الله له المصحف والغلاف أما على أصل أبى يوسف فلان الغلاف منفصل

عن المصحف فلا يدخل في الوصية من غير تسمية وأبو حنيفة رحمه الله يقول ليس بتابع للمصحف بدليل انه لا يكره للجنب والمحدث مس المصحف بخلافه فلا يدخل وزفر يقول هو تابع للمصحف فيدخل في الوصية ولو أوصى بميزان قال أبو يوسف له الكفتان والعمود الذي فيه الكفتان واللسان وليس له الطرازدان والصنجات (وأما الشاهين فله الكفتان والعمود وليس له الصنجات والتخت (وقال) زفر إذا أوصى بميزان فله الطرازدان والصنجات والكفتان وإن أوصى له شاهين فله التخت والصنجان (١) قابو يوسف مر على أصله ان الصنجة والطرازدان شيان منفصلان فلا يدخلان في الوصية الا بالتسمية وزفر يجعل ذلك من توابع الميزان لما أن الانتفاع لا يكون الا بالجميع فصار كتوابع السرج ولو أوصى له بالقبان والقرسطون فله العمود والحديد والرمانة والكفة التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعاً لأن اسم القبان يشمل هذه الجملة فيستوى فيها الاتصال والانفصال ولو أوصى له بقبة فله عيدان القبة دون كسوتها لأن القبة اسم للخشب لا للثياب وانما الثياب اسم للزينة ألا ترى انه يقال كسوة القبة والشئ لا يضاف الى نفسه هو الاصل وكذا الكسوة منفصلة منها على أصل من يعتبر الاتصال ولو أوصى بقبة تركية وهي ما يقال لها بالعجمية خر كاه فله القبة مع الكسوة وهي اللبود لأنه لا يقال لها قبة تركية الا بلبودها بخلاف القبة البلدية ويعتبر في ذلك العرف والعادة وبخلاف الجواب باختلاف العرف والعادة ولو أوصى له بحجلة فله الكسوة دون العيدان لأنها اسم للكسوة في العرف ولو أوصى بسلة زعفران فله الزعفران دون السلة هكذا ذكر في الاصل وذكر القدوري رحمه الله ان محمداً إنما أجاب فيه على عادة زمانه لأن في ذلك الوقت كان لا تباع السلة مع الزعفران بل كانت تفرد عنه في البيع وأما الآن فالعادة ان الزعفران يباع بظروفه فيدخل في الوصية والتعويل في الباب على العرف والعادة ولو أوصى له بهذا العسل وهو في زق فله العسل دون الزق وكذلك السمن والزيت وما أشبه ذلك لأنه أوصى له بالعسل لا بالزق والعسل يباع بدون ظرفه عادة فلا يتبعه في الوصية والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بنصيب ابنه أو ابنته لانسان فإن كان له ابن أو ابنة لم يصح لأن نصيب ابنه أو ابنته ثابت بنص قاطع فلا يحتمل التحويل الى غيره بالوصية وان لم يكن له ابن أو ابنة تحت الوصية لانها لم تتضمن تحويل نصيب ثابت فكان وصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته وليس له ابن أو ابنة وانها صحيحة لما نذكر وان أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته وله ابن أو ابنة جازت لأن مثل الشئ غيره لا عينه فليس في هذه الوصية تحويل نصيب ثابت الى الموصى له بل يبقى نصيبه ويزاد عليه بمثله فيعطى الموصى له ثمن ان كان أكثر من الثلث تحتاج الزيادة الى الاجازة وان كان ثلثاً أو أقل منه لا تحتاج الى الاجازة حتى لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فلموصى له نصف المال ولا ابنه النصف لأنه جعل له مثل نصيبه فيقتضي ان يكون لابن نصيب وان يكون نصيب الموصى له مثل نصيبه وذلك هو النصف فكان المال بينهما نصفين كما لو كانا بنين غير أن الزيادة على الثلث ههنا تقف على اجازة الابن ان أجازت الزيادة والا فلا وان كان له ابنان فلموصى له ثلث المال لأنه جعل للموصى له مثل نصيب ابن واحد منهما ولا يكون له مثل نصيب ابن واحد منهما الا وأن يكون المال بينهما أثلاثاً ولا يحتاج ههنا الى الاجازة ولو أوصى بمثل نصيب بنته فان كان له بنت واحدة فلموصى له نصف المال ان أجازت لأن نصيب البنت الواحدة النصف فكان مثل نصيبها النصف فكان له النصف ان أجازت والا فثلث وان كان له بنتان فلموصى له ثلث المال لأنه اذا كان لهما الثلثان كان لكل واحد منهما الثلث وقد جعل نصيبه مثل نصيب واحدة منهما ونصيب واحدة منهما الثلث فكان نصيبه أيضاً الثلث ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله نصف المال ان أجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان فلموصى له ثلث المال لأنه أوصى بمثل نصيب مقدر لابن مقدر ونصيب الابن المقدر سهم فمثل نصيبه يكون سهماً فكان هذا وصية له بسهم من ثلاثة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وله ثلاثة بنين وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد

النصيب فالمسئلة تخرج من ثلاثة وثلاثين للموصى له بالنصيب ثمانية وللموصى له الآخر سهم ولكل واحد من البنين ثمانية أما تخرج ببطريقة الحشوفه وان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وزد عليه واحداً لاجل الوصية بمثل نصيب أحد البنين لان مثل الشئ غيره فزاد عليه فيصير أربعاً ثم اضرب الاربعه في ثلاثة لاجل تنفيذ الوصية الاخرى وهي الوصية بثلاث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فيصير اثني عشر ثم طرح منها سهمها واحداً لان الوصية الثانية توجب النقصان في نصيب الورثة ونصيب الموصى له الاول شائع في كل المال فتتقص من كل ثلث سهمها ولا نك لو لم تنقص لا يستقيم الحساب لو اعتبرته لوجدته كذلك فاذا نقصت سهمها من اثني عشر بقي احد عشر هو ثلث المال وثلاثة مثلاه وهو اثنان وعشرون وجميع المال ثلاثة وثلاثون واذا أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الذي كان وذلك سهم واحد واضرب به في ثلاثة كما ضربت أصل المال وهو ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة كما ضربت أصل المال لا نك احتجت الى ضرب أصل المال في ثلاثة مرة أخرى حتى بلغ جميع المال ثلاثة وثلاثين فاذا ضربت ثلاثة في ثلاثة صار تسعة ثم اطرح منها سهمها كما طرحت من أصل المال فيبقى ثمانية فهو نصيب الموصى له بمثل النصيب ثم اعط للموصى له نصيبه وهو ثلث ما يبقى من الثلث وذلك سهم يبنى الى تمام الثلث سهمان ضمهما تلي المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربعاً وعشرين بن لكل واحد من البنين الثلاثة ثمانية فاستقام الحساب بحمد الله سبحانه وتعالى (وأما) تخرج ببطريقة الخطأ بن فهوان تجعل ثلث المال عدد الواعظيت منه النصيب وهو سهم يبنى وراءه عدد له ثلث حاجتك الى تنفيذ الوصية الاخرى وهو الوصية بثلاث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله أربعاً فاذا جعلت ثلث المال أربعاً فاعط للموصى له بالنصيب سهمان أربعاً فاعط للموصى له بثلاث ما بقي ثلث ما بقي وذلك سهم يبنى سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك ثمانية لان ثلث المال لما كان أربعاً كان ثلثه مثليه وذلك ثمانية ومتى ضمنت اثنين الى ثمانية صارت عشرة وحاجتك الى ثلاثة أسهم لا غير للبنين الثلاثة لا نك قد أعطيت الموصى له بالنصيب سهمها فظهر انك قد أخطأت بزيادة سبعة فرد في النصيب لانه ظهر ان هذا الخطأ ما جاء الا من قبل نقصان النصيب فظهر أن النصيب يجب ان يكون أربعاً من سهم فرد في النصيب فاجعله سهمين فيصير الثلث خمسة فاعط الموصى له بمثل النصيب سهمين ثم اعط للموصى له الآخر سهمهما ما بقي يبنى سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر وحاجتك الى ستة فظهر انك أخطأت في هذه الكثرة بزيادة ستة أسهم وكان الخطأ الاول بزيادة سبعة فانتقص بزيادة سهم في النصيب سهم من سهام الخطأ فعلمت انك مهما زدت في النصيب سهمها ينتقص من سهام الخطأ سهم وانك تحتاج الى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ والباقي من سهام الخطأ ستة فالذي يذهب به ستة أسهم من الخطأ ستة أسهم من النصيب فرد في النصيب ستة أسهم فتصير ثمانية فهذا هو النصيب وبقى الى تمام الثلث ثلاثة اعط منها سهمها للموصى له الآخر يبنى سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربعاً وعشرين بن لكل واحد من البنين ثمانية وطريقة الجامع الاصغر أو الاكبر أو الصغير أو الكبير مبنية على هذه الطريقة أما طريقة الجامع الاصغر أو الصغير فهي انه اذا تبين لك انك أخطأت مرتين وأردت معرفة الثلث فاضرب الثلث الاول في الخطأ الثاني والثلث الثاني في الخطأ الاول فما اجتمع فاطرح الاقل من الاكبر فما بقي فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول في الخطأ الثاني واضرب النصيب الثاني في الخطأ الاول ثم اطرح الاقل من الاكبر فما بقي فهو النصيب واذا عرفت هذا ففي هذه المسئلة الثلث الاول أربعاً والخطأ الثاني ستة فاضرب أربعاً في ستة فتصير أربعاً وعشرين وثلث الثاني خمسة والخطأ الاول سبعة فاضرب خمسة في سبعة فتكون خمسة وثلاثين ثم اطرح أربعاً وعشرين من خمسة وثلاثين فيبقى احد عشر فهو ثلث المال والنصيب الاول سهم والخطأ الثاني ستة فاضرب سهمها في ستة تكون ستة والنصيب الثاني سهمان والخطأ الاول سبعة فاضرب سهمين في سبعة فتكون أربعاً وعشرين واطرح الاقل وهو ستة

من الاكثر وهو أربعة عشر فيبقى ثمانية فهو النصيب (وأما) طريقة الجامع الكبير أو الألبكر فهي أنه إذا ظهر لك الخطأ الأول فلا ترد في النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب من الثلث ثم انظر في الخطأين واعمل ما عملت في طريقة الجامع الأصغر إذا عرفت هذا ففي هذه المسئلة ظهر الخطأ الأول سبعة فضعف ما وراء النصيب من الثلث وذلك بأن تزيد عليه مثله فتصير ستة فصار الثلث مع النصيب سبعة فاعط بالنصيب سهماً واعط بالوصية الأخرى ثلث الباقي وذلك سهمان يبقئ أربعة ضم ذلك إلى ثلث المال وذلك أربعة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك إلى ثلاثة فظهر الخطأ الخمسة عشر فإذا أردت معرفة الثلث فخذ الثلث الأول وذلك أربعة عشر واضربه في الخطأ الثاني وذلك خمسة عشر فتصير ستين وخذ الثلث الثاني وذلك سبعة واضربه في الخطأ الأول وذلك سبعة فتصير تسعة وأربعين ثم اطرح الأقل وذلك تسعة وأربعون بعون من الأكثر وذلك ستون يبقئ أحد عشر فهو الثلث وإن أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الأول وذلك سهم واحد واضربه في الخطأ الثاني وذلك خمسة عشر فتكون خمسة عشر وخذ النصيب الثاني وذلك سهم واحد واضربه في الخطأ الأول وذلك سبعة ثم اطرح سبعة من خمسة عشر تبقى ثمانية فهو النصيب ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لرجل آخر بثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فالقرية من أحد وخمسين سهماً لصاحب النصيب ثمانية أسهم ولصاحب ثلث ما بقي ثلثه ولكل ابن ثمانية (أما) تخرج المسئلة على طريق الحشو فهو أن تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتقرز نصيبهم وذلك خمسة أسهم وتزيد عليه سهماً آخر لاجل الموصى له بمثل النصيب لأن مثل الشيء غيره فتصير ستة فاضربها في مخرج الثلث وذلك ثلاثة لاجل وصيته بثلث ما يبقئ من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهماً واحداً لاجل الوصية بثلث ما يبقئ من الثلث لأنه زاد في الوصية والزيادة في الوصية توجب نقصاً في نصيب الموصى له الأول وثلث ما يبقئ من الثلث ثمانية لما نذكر أن شاء الله تعالى ويستحق ذلك من جميع الثلث من كل ثلث سهم فوجب أن ينقص من هذا الثلث سهم لذلك قلنا أنه يطرح من هذا الثلث سهم فيبقى سبعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثا المال مثلاً وذلك أربعة وثلاثون وجميع المال أحد وخمسون وثلث المال سبعة عشر وإذا أردت أن تعرف قدر النصيب فخذ النصيب وذلك سهم واحد واضربه في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لقوله ثلث ما بين من الثلث بعد النصيب فتصير تسعة ثم انقص منها واحداً لاجل الموصى له كما نقصت في الابتداء فيبقى ثمانية فذلك نصيب الموصى له بمثل النصيب من ثلث المال يبقئ إلى تمام المال تسعة فاعط الموصى له بثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة فيبقى ستة ضمها إلى ثلث المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين سهماً فتقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثمانية مثل ما أعطيت الموصى له بمثل النصيب (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال عدد الوأعطيت منه سهماً وهو النصيب يبقئ وراءه عدد لثلث حاجتك إلى إعطاء الموصى له الآخر ثلث ما يبقئ من الثلث بعد النصيب وأقله أربعة فاجعل ثلث المال أربعة فانقص منه الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهماً والآخر ثلث ما بقي وهو سهم آخر فيبقى وراءه سهمان ضمهما إلى ثلث المال وذلك ثمانية فتصير عشرة بين البنين الخمس فتبين أنك قد أخطأت بخمسة لأن حاجتك إلى خمسة لأنك قد أعطيت للموصى له بالنصيب سهماً فلا تحتاج إلا إلى خمسة فأزل هذا الخطأ وذلك بالزيادة في النصيب لأن هذا الخطأ إنما جاء من قبل نقصان النصيب فزد في النصيب سهماً فتصير الثلث على خمسة فنقص منها الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهمين والموصى له بثلث ما يبقئ سهماً يبقئ سهمان ضمهما إلى ثلث المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر بين البنين الخمس فيظهر أنك أخطأت بسهمين لأن حاجتك إلى عشرة وكان الخطأ الأول خمسة فذهب من سهام الخطأ ثلاثة فتبين أنك مهما زدت في النصيب سهماً تماماً يذهب من سهام الخطأ ثلاثة وأنت تحتاج إلى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ وهو سهمان وطريقه أن تزيد على النصيب ثلثي سهم حتى يذهب الخطأ كله لأن زيادة سهم تام إذا كان يذهب ثلاثة أسهم من سهام الخطأ

يعلم ضرورة أن زيادة كل ثلث على النصيب يذهب سهم من سهام الخطأ فيذهب بزيادة ثلثي سهم سهمان
فصار النصيب سهمين وثلثي سهم وتماثل الثلث وراه ثلاثة فصار الثلث كله خمسة أسهم وثلثي سهم فانكسر فاضرب
خمسة وثلثي في ثلاثة فتصير سبعة عشر لأن خمسة في ثلاثة تكون خمسة عشر وثلثان في ثلاثة تكون سهمين فذلك سبعة
عشر فهو الثلث والثلثان مثلاً ذلك فتصير أحد وخمسين والنصيب سهمان وثلثا سهم مضروب في ثلاثة فتصير
ثمانية لأن سهمين في ثلاثة ستة وثلثان في ثلثين سهمان فتصير ثمانية فذلك للموصى له بمثل النصيب بقي إلى
تمام الثلث تسعة فاعط للموصى له بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة يبقى ستة ضمها إلى
ثلثي المال وذلك أربعة وثلثون فتصير أربعين لكل واحد من البنين الخمسة ثمانية (وأما) تخريج على طريقة
الجامع الأصغر وهو أنه إذا ظهر لك الخطأ فلا تزيد على النصيب شيئاً ولكن اضرب الثلث الأول في الخطأ الثاني
والثلث الثاني في الخطأ الأول فما بلغ فاطرح منه أقلهما من أكثرهما فما بقي فهو ثلث المال والثلث الأول ههنا كان
أربعة والخطأ الثاني كان سهمين فاضرب سهمين في أربعة فتصير ثمانية والثلث الثاني خمسة والخطأ الأول كان
خمسة فاضرب خمسة في خمسة فتصير خمسة وعشرين فاطرح الأقل من خمسة وعشرين وذلك ثمانية فيبقى سبعة عشر
فهو ثلث المال وهكذا اعمل في النصيب وهو أنك تضرب النصيب الأول في خطأ الثاني والنصيب الثاني في الخطأ
الأول فما بلغ فاطرح مثل أقلهما من أكثرهما فما بقي فهو النصيب والنصيب الأول سهم والخطأ الثاني سهمان فسهم
في سهمين يكون سهمين والنصيب الثاني سهمان والخطأ الأول خمسة فاضرب سهمين في خمسة تكون عشرة ثم
اطرح الأقل وهو سهمان من الأربعة عشر فيبقى ثمانية وهو النصيب والقسمة بينهم على نحو ما ذكرنا واختار
الحساب في الخطأين هذه الطريقة لما فيها من البين والسهولة لأنه لو زيد على النصيب بعد ظهور الخطأين يتعين
الآخر لأنه قد زاد عليه من حيث الأجزاء من الثلث والثلثين ثم يحتاج إلى الضرب وفيه نوع عسر (وأما) التخرج
على طريقة الجامع الأكبر فهو أنه إذا تبين لك الخطأ الأول فلا تزيد على النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب
ووراء النصيب ههنا ثلاثة فاذا ضعفت الثلاثة صارت ستة والثلث سبعة فاعط بالنصيب سهماً وثلث ما يبقى
سهمين يبقى أربعة ضمها إلى ثلثي المال وهو أربعة عشر فتصير ثمانية عشر بين البنين الخمسة وحاجتك إلى
خمسة فتبين أنك قد أخطأت بثلاثة عشر ثم اضرب هذا الخطأ في الثلث الأول يصير اثنين وخمسين واضرب الخطأ الأول
وهو خمسة في الثلث الثاني وهو سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم اطرح الأقل من الأكثر فتصير سبعة عشر وفي النصيب
اعمل هكذا فاضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني فتصير ثلاثة عشر والنصيب الثاني في الخطأ الأول فتصير خمسة
ثم اطرح خمسة من ثلاثة عشر فما بقي فهو النصيب وطريقة الجامع الأصغر أسهل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم
والآخر ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من تسعة وستين للموصى له بمثل النصيب أحد عشر
وللموصى له ربع ما يبقى من الثلث ثلاثة ولكل ابن أحد عشر (أما) التخرج على طريقة الحشو فهو أن تأخذ عدد
البنين وهو خمسة وتزيد عليها سهماً لاجل صاحب النصيب فتصير ستة ثم اضرب الستة في مخرج الربع وذلك
أربعة لاجل صاحب الربع فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح منها سهماً المأذوناً فيبقى ثلاثة وعشرون فهو
ثلث المال وثلثاه مثلاًه وذلك ستة وأربعون وجملة المال تسعة وستون والنصيب سهم مضروب في أربعة ثم
الأربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر ثم اطرح منه سهماً يبقى أحد عشر فهو للموصى له بمثل النصيب فيبقى إلى تمام
الثلث اثنا عشر فاعط منها ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب وذلك ثلاثة يبقى تسعة ضمها إلى ثلثي المال وذلك
سبعة وأربعون فتصير خمسة وخمسين بين البنين الخمسة لكل واحد عشر فاستقام الحساب (وأما) التخرج
على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت منه النصيب يبقى وراءه عدد له ربع وأقله خمسة
فاعط بالنصيب سهماً يبقى أربعة فاعط ربع ما يبقى سهماً يبقى ثلاثة ضمها إلى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة

عشر وحاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم ليكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب صاحب النصيب
فظهر أنك أخطأت بثمانية أسهم فزد في النصيب سهما فيصير الثلث ستة فاعط بالنصيب سهمين وربع ما يبقى
سهما يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثي المال وهو اثناعشر فيصير خمسة عشر فظهر لك أنك أخطأت بخمسة لان حاجتك
الى عشرة لكل واحد من البنين الخمسة سهمان كما للموصى له بالنصيب الا أنه انتقص من سهام الخطأ في هذه الكرة
ثلاثة لان الخطأ الاول كان ثمانية وفي هذه الكرة بخمسة فتبين أنك مهما زدت في النصيب سهما كاملا يذهب
من سهام الخطأ ثلاثة فزد ثلثي سهم على سهمين حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب ثلاثة أسهم وثلثي سهم
ووراءه أربعة أسهم فيصير الثلث سبعة أسهم وثلثي سهم وانكسر بالا ثلاث فاضرب سبعة أسهم وثلثي سهم
في ثلاثة ليزول الكسر فيصير ثلاثة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ستة وأربعون فكل المال تسعة
وستون والنصيب ثلاثة وثلثان مضروباً في ثلاثة فيكون أحد عشر والباقي الى تمام الثلث اثناعشر ثلاثة منها وهي ربع
ما بقي من كل الثلث بعد النصيب للموصى له بالربع فيبقى تسعة ضمها الى ثلثي المال فيصير خمسة وخمسين لكل واحد من
البنين أحد عشر والتخرج على طريقة الاصغر والا كبر على نحو ما بينا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولا خير بخمس
ما بقي من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وثمانين لصاحب النصيب أربعة عشر ولصاحب الخمس
ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) التخرج على طريقة الجشوف على نحو ما ذكرنا أنك تأخذ عدد البنين وذلك خمسة
وترز به عليها واحدا كما فعلت في المسائل المتقدمة فتصير ستة ثم اضرب ستة في مخرج الخمس وهو خمسة فتصير ثلاثين
ثم انتقص منها واحد للمعنى الذي ذكرنا فيبقى تسعة وعشرون فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ثمانية
وخمسون وجميع المال سبعة وثمانون فاذا أردت أن تعرف النصيب فخذ النصيب وذلك سهم فاضربه في خمسة ثم
اضرب خمسة في ثلاثة لما ذكرنا فماتقدم فيصير خمسة عشر ثم انتقص منها سهما فيبقى أربعة عشر فهذا هو النصيب
فاعط للموصى له بمثل النصيب يبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاعط للموصى له بالخمس خمس ذلك وذلك ثلاثة
يبقى هناك اثناعشر ضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية وخمسون فتصير سبعين فاقسمها بين البنين الخمسة لكل ابن
اربعة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فعلى نحو ما بينا أنك تجعل ثلث المال
عدد الوأعطينا منه نصيبا يبقى وراءه عدد له خمس وأقل ذلك ستة فتعطي منها سهما بالنصيب وسهما بخمس ما يبقى
من الثلث بعد النصيب فيبقى وراءه أربعة ضمها الى ثلثي المال فتصير ستة عشر فتبين أنك أخطأت بأحد عشر لان
حاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم مثل ما كان للموصى له بالنصيب فزد في النصيب سهما فيصير الثلث
سبعة فاعط بالنصيب سهمين ثم اعط بخمس ما بقي سهما فيبقى هناك أربعة ضمها الى ثلثي المال وذلك أربعة
عشر فتصير ثمانية عشر فتبين أنك أخطأت في هذه الكرة بزيادة ثمانية لان حاجتك الى عشرة لكل ابن
سهمان كما كان للموصى له فظهر لك ان بزيادة كل سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ وانك تحتاج
الى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ وهي ثمانية أسهم فزد سهمين وثلثي سهم على سهمين فتصير أربعة أسهم
وثلثي سهم وما وراءه خمسة أسهم فصار الثلث تسعة أسهم وثلثي سهم فاضرب هذه الجملة في ثلاثة فتصير تسعة
وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه فتصير جملة المال سبعة وثمانين فالنصيب أربعة وثلثان مضروب في ثلاثة
فتصير أربعة عشر والباقي الى تمام الثلث خمسة عشر فخرج منها الخمس وضم الباقي الى ثلثي المال على ما علمناك
وطريقة الجامع الاصغر والا كبر على نحو ما ذكرنا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما بقي من الثلث بعد
النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وخمسين فالنصيب عشرة والا استثناء ثلاثة ولكل ابن عشرة (أما) على طريقة
الجشوف فأنت تأخذ نصيب الورثة على عددهم وذلك خمسة وترز يد عليها واحدا فتصير ستة ثم اضرب ستة في ثلاثة
لقوله الا ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم زد عليها سهما لان الاستثناء من وصيته يوجب زيادة

في نصيب الورثة وهي شائعة في كل المال فتر يد على كل ثلث سهم كما كنت تنقص في المسائل المتقدمة من كل ثلث سهم لان النقصان هناك ما كان لذاته لما ذكرنا ولا استقامة الحساب وههنا لا يستقيم الا بالزيادة فتزاد فتصير تسعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك ثمانية وثلاثون وجميع المال سبعة وخمسون واذا أردت معرفة النصيب فالنصيب كان واحدا فاضرب به في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لما ذكرنا فتصير تسعة ثم زد عليها واحدا كما زدت في الابتداء فتصير عشرة فهذا هو النصيب وبقى الى تمام ثلث المال تسعة فاستثنى من النصيب مقدار ثلث ما بقي وهو ثلاثة فاذا استثنيت من العشرة ثلاثة بقي للموصى له سبعة أسهم فضم المستثنى وهو الثلاثة مع ما بقي وهو تسعة وذلك اثنا عشر الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير خمسين فاقسمها على البنين الخمس لكل ابن عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء واما طريقة الخطأين فهي أن نجعل الثلث على عدد لو اعطيت منه نصيبا بقي وراءه ثلاثة ولو استثنيت من النصيب ثلث ما بقي بقي وراءه سهم وأقل ذلك أن نجعل الثلث على خمسة أسهم فاعط للموصى له بالنصيب سهمين ثم استثنى منه مثل ثلث ما بقي وهو واحد وضمه الى ما بقي فتصير أربع فاضربها الى ثلثي المال وهو عشرة أسهم فتصير أربع عشرة سهمها وحاجتك الى عشرة أسهم لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بزيادة أربع أسهم فزد في النصيب سهمها فتصير ثلاثة ووراءه ثلاثة ثم استثنى منه سهمها وضمه الى ما بقي فتصير أربع ثم ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بسهم والخطأ الاول كان باربعة فظهر ان زيادة سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ فتعلم أن زيادة ثلاثة أسهم آخر يذهب ما بقي من الخطأ فرد ثلثا آخر فيصير النصيب ثلاثة أسهم وثلث سهم وما بقي ثلاثة أسهم فتصير ستة أسهم وثلث سهم فاضربها في ثلاثة فتصير تسعة عشر فهذا ثلث المال والنصيب ثلاثة وثلث سهم مضروب في ثلاثة فيكون عشرة والاستثناء منه ثلاثة فذلك سبعة وهي للموصى له ولكل ابن عشرة فخرجت الفريضة من سبعة وخمسين هذا اذا استثنى ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فاما اذا استثنى ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب بأن أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الخمس الرابع ما بقي من الثلث بعد النصيب فالفريضة من خمسة وسبعين النصيب منها ثلاثة عشر والاستثناء ثلاثة ولكل ابن أربع عشرة (أما) طريقة الحشو فاذا كرنا أن تأخذ عدد البنين وتزيد عليه سهمها فتصير ستة ثم اضرب به في مخرج الربع وذلك أربع فتصير أربع وعشرين ثم زد عليها واحدا لما ذكرنا فتصير خمسة وعشرين فاجعل هذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك خمسون وجميع المال خمسة وسبعون هذا المعرفة أصل المال (واما) معرفة النصيب فان كان واحدا فاضرب به في أربعة لما ذكرنا فاقدم فيصير أربع ثم اضرب أربع في ثلاثة فتصير اثني عشر فزد عليها واحدا لما ذكرنا أيضا فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب فيبقى الى تمام ثلث المال وهو خمسة وعشرون اثنا عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثني عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثني عشر فتصير خمسة عشر ثم ضمها الى ثلثي المال خمسون فتصير خمسة وستين فاقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب قبل الاستثناء (وأما) طريقة الخطأين فهي أن نجعل ثلث المال عددا اذا أعطيت منه النصيب يبق وراءه أربع واثنا عشر من النصيب مثل ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب يبق وراءه سهم وأقل ذلك ستة فاجعلها ثلثي المال فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه بالاستثناء مثل ربع ما بقي وذلك سهم وضمه الى ما بقي فتصير خمسة ثم ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر فتبين أنك أخطأت بزيادة سبعة وان حاجتك الى العشرة لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت لصاحب النصيب لان نصيبه مثل نصيبهم فزد في النصيب سهمها فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة أسهم ثم استرجع منه مثل ربع ما بقي وهو سهم وضمه الى ما بقي وذلك أربع فتصير خمسة فاضربها الى ثلثي المال وذلك أربع عشرة فتصير تسعة عشر فيظهر أنك أخطأت في

هذه الكرة باربعة لان حاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب وتبين لك أنك مهما زدت في النصيب سهما انتقص من سهام الخطأ ثلاثة وقد بقي من سهام الخطأ أربعة وباربعة وانك تحتاج الى اذهاها فزد في النصيب قدر ما يذهب به وهو أربعة فزد في النصيب سهما وثلاث سهم حتى تذهب به سهام الخطأ كلها فصار النصيب أربعة أسهم وثلاث سهم وما بقي أربعة أسهم فتصير ثمانية أسهم وثلاث سهم فاضربها في ثلاثة فتصير خمسة وعشرين وهي ثلث المال وثلاثة مثله وذلك خمسون وجملة خمسة وسبعون والنصيب أربعة أسهم وثلاث سهم مضروب في ثلاثة فيكون ثلاثة عشر استثن منها ثلاثة فيبقى عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثني عشر يصير خمسة عشر ثم تضم الى ثلثي المال وذلك خمسون فتصير خمسة وستين واقسمه بين البنين الخمسة لكل ابن ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء والتخريج على طريقة الجامع الا الصغير والا كبر على نحو ما ذكرنا ولو كان ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من تسعة وثلاثين الثلث منها ثلاثة عشر والنصيب بعد الاستثناء تسعة وتخرج بها على طريقة الحشوان تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة ثم زد عليها سهما لاجل النصيب فتصير أربعة ثم اضرب الاربعة في ثلاثة لان المستثنى ثلاثة فتصير اثني عشر ثم زد واحداً فتصير ثلاثة عشر فهذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك ستة وعشرون (وأما) معرفة النصيب الكامل فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم واحد واضرب به في مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لكان الثلث فتصير تسعة ثم زد عليها واحداً كما زدت في الثلث فتصير عشرة فهو النصيب الكامل فاعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر فيبقى من الثلث بعد النصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث وذلك واحد وضمه الى ما بقي من الثلث فتصير أربعة فزد الاربعة فضلت عن الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فتصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب الكامل قبل الاستثناء وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة (وأما) التخريج على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال عدداً أعطيت بالنصيب شيئاً ثم استرجعت من النصيب بالاستثناء ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب يبقى في يد الموصى له شيء وأقل ذلك خمسة فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما لكان الاستثناء وضمه الى ما بقي من الثلث بعد النصيب فتصير أربعة ففي فاضلة من الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فصار أربعة عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب الكامل سهمين فظهر أنك أخطأت بثمانية فزد على النصيب سهما آخر حتى اذا أعطيت بالنصيب ثلاثة يبقى بعده ماله ثلث لكان الاستثناء فاجعل الثلث ستة فاعط النصيب ثلاثة فيبقى ثلاثة ثم استرجع من النصيب سهما فصار معك أربعة فضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فصار ستة عشر وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك ثلاثة فظهر أنك أخطأت في هذه الكرة بزائدة سبعة والخطأ الاول كان بزائدة ثمانية فتبين لك ان كل سهم يزيد على الثلث يذهب سهماً من الخطأ فزد سبعة على الثلث الاول وهو ستة فتصير ثلاثة عشر فهو الثلث فاعط بالنصيب عشرة فيبقى الى تمام الثلث ثلاثة ثم استرجع سهماً فصار أربعة فضمها الى ثلثي المال وهو ستة وعشرون فتصير ثلاثين على نحو ما ذكرنا وطريقة الجامع الا الصغير على ما بينا وهو ان لا تزيد على النصيب عند ظهور الخطأين ولكن خذ الثلث الاول وذلك خمسة واضرب به في الخطأ الثاني وذلك سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم خذ الثلث الثاني وذلك ستة واضرب به في الخطأ الاول وذلك ثمانية يصير ثمانية وأربعين ثم اطرأ الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول بعد الاستثناء وذلك سهم واحد واضرب به في الخطأ الثاني وذلك سبعة فتصير سبعة ثم خذ النصيب الثاني وذلك سهماً واضرب به في الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير ستة عشر ثم اطرأ الاقل من الاكثر يبقى تسعة فهو النصيب ثم الباقي على نحو ما ذكرنا (وأما) طريقة الجامع الا كبر فهو ان تضعف الثلث الاول سوى النصيب وذلك أربعة فضعفها فتصير

ثمانية ثم زد عليه النصيب وذلك سهم فتصير تسعة فهو الثلث الثاني فاعط بالنصيب ثلاثة يبقى ستة فثلث ما بقى
سهمان ثم استرجع من النصيب ثلث ما يبقى وذلك سهمان وضمهما الى ما معك وذلك ستة فتصير ثمانية فهي فاضلة
عن الوصية وضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية عشر فتصير ستة وعشرين وحاجتك الى تسعة لا نك أعطيت بالنصيب
ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة فظهر انك أخطأت بزيادة سبعة عشر في طريقة الجامع الا كبر والخطأ الاول
في طريقة الخطأين كان بزيادة ثمانية فخذ الثلث الاول في طريقة الخطأين وذلك خمسة واضر به في الخطأ الثاني
وذلك سبعة عشر فتصير خمسة وثمانين ثم خذ الثلث الثاني وذلك تسعة واضر به في الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير
اثنين وسبعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب
الاول من طريق الخطأين وذلك سهم واضر به في الخطأ الثاني من الجامع الا كبر وذلك سبعة عشر بسبعة عشر
وخذ النصيب الثاني وذلك سهم من طريقة الجامع الا كبر واضر به في الخطأ الاول وذلك ثمانية بثمانية واطرح
الاقل من الاكثر فيبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلاثون بين البنين لكل واحد منهم عشرة هذا اذا قال الا ثلث ما يبقى
من الثلث بعد النصيب (فاما) اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فاصل المسألة ما ذكرنا في الفصل الاول
الا أن في تخرجه ضرب تفاوت (أما) على طريقة الحشوفهوان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وتز يد عليه واحداً
ثم تضربها في مخرج النصف وهو سهمان وانما ضربنا هذا في سهمين والاول في ثلاثة لان مقصود الموصي ههنا أن
يكون المستثنى بعد الوصية الحاصلة ثلث ما بقى ولن يكون ذلك الا أن يكون قبل الاسترجاع معه سهمان حتى اذا
استرجعت منه شيئاً يكون المسترجع ثلث ما بقى ومقصوده في المسألة الاولى الا أن يكون المستثنى بعد النصيب قبل
الاسترجاع مثل ثلاثة ولن يكون ذلك الا وأن يكون معه ثلاثة قبل الاسترجاع حتى اذا استرجعت شيئاً يكون
المسترجع ربعه فاذا ضربت أربعة في اثنين بلغ ثمانية ثم تزد واحد فتصير تسعة فهذا ثلث المال وثلاثة مثلاه وهو
ثمانية عشر (فاما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضر به في مخرج الثلث فتصير ثلاثة فاضرب
الثلاثة في مخرج النصف وذلك سهمان فتصير ستة ثم زد عليه سهماً فتصير سبعة فهو النصيب فاعط صاحب
النصيب سبعة يبقى الى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهماً فضمه الى ذلك فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال
فيصير احد وعشرون لكل ابن سبعة (وأما) طريقة الخطأين فهي ان تجعل ثلث المال عدداً وأعطيت منه نصيباً
واسترجعت منه شيئاً يكون المسترجع مثل نصف وأقل ذلك أربعة ادفع للموصي له بالنصيب سهمين ثم استرجع
منه سهماً ضمه الى ما بقى وهي اثنان وما بقى وهو سهم المال فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية فتصير احد
عشر وحاجتك الى ستة لا نك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر انك أخطأت بزيادة خمسة فزد في النصيب سهماً واعط
بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهماً وضمه الى ما بقى فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة
عشر وحاجتك الى تسعة لا نك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر انك قد أخطأت بزيادة أربعة فظهر انك كلما زدت
درهما يزول خطأ درهم فزد في الابتداء على النصيب قدر خطأ الاول وهو خمسة فبلغ سبعة وبقى الى تمام الثلث بعد
النصيب سهمان فاسترجع منه سهماً وضمه مع الباقي الى ثلثي المال وهو ثمانية عشر فصار احد وعشرين فاعط
لكل ابن سبعة وللموصي له ستة هذا اذا قيد قوله الا ثلث ما يبقى من الثلث بالنصيب أو بالوصية (فاما) اذا أطلق
بأن قال الا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه قال محمد قال عامة الحساب يعني المعروفين بعلم الحساب من أصحاب
أبي حنيفة رضي الله عنه مثل الحسن بن زياد وغيره هذا بمنزلة الفصل الاول وهو ما اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد
النصيب وقال محمد رحمه الله هو بمنزلة الفصل الثاني وهو ما اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية (وجه) قول
العامة انه لما قال أو وصيت لك بمثل نصيب أحد بني فقد أتى بوصية صحيحة واستحق ربع المال لانه جعل نصيبه مثل
نصيب أحد بنيه كانه أحد بنيه فلما قال الا ثلث ما يبقى من الثلث فقد استخرج بالاستثناء بعض الوصية مطلقاً وذلك

يحتمل بعد الوصية ويحتمل بعد النصيب إلا أن المستخرج بالاستثناء بعد النصيب أقل والمستخرج بعد الوصية أكثر والأقل متيقن به في استخراجيه وفي استخراج الزيادة شك فلا يثبت استخراج الزيادة بالشك بل تبقى الزيادة داخلية تحت المستثنى منه (وجه) قول محمد أن الاستثناء ليس باستخراج بعض الكلام لما فيه من التناقض على ما عرف في أصول الفقه بل هو تكلم بالباقي بعد الثنيا فلم يدخل المستثنى في صدر الكلام لأنه دخل ثم خرج بكلام الاستثناء فلفظ الوصية ههنا مع الاستثناء لم يتناول إلا المستثنى منه والمستثنى يحتل الأقل والأكثر فلا يتناول اللفظ إلا القدر المتيقن به وهو الأقل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الأربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من أحد وخمسين النصيب اثنا عشر والاستثناء خمسة ولكل ابن ثلاثة عشر (أما) تخرجها على طريقة الحشوفهوان تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة وتزيد عليه واحدا فيصير أربع فاضرب أربع في مخرج السهم المستثنى وهو أربع فتصير ستة عشر ثم زد سهمها فتصير سبعة عشر هذا ثلث المال وثلاثة مثله أربع وثلثون فجملة واحد وخمسون هذا المعرفة أصل المال (وأما) معرفة النصيب فهي أن تأخذ النصيب وذلك سهم وتضرب به في مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة في مخرج السهم المستثنى وذلك أربع فتصير اثني عشر ثم تزيد عليه سهمها فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب بقي إلى تمام الثلث أربع فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقي وهو سهم وضمه إلى ما بقي فصار خمسة فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربع وثلثون فيبلغ تسعة وثلثين فاعط لكل ابن ثلاثة عشر كما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع (وأما) التخرج على طريقة الخطائين فهو أن تجعل ثلث المال ستة ليبقى بعد إعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما يبقى فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وذلك سهم وضمه إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر وحاجتك إلى ستة لا نك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر أنك أخطأت بزيادة أحد عشر فزد في النصيب سهمها فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهمها وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال وذلك أربع عشر فتصير تسعة عشر وحاجتك إلى تسعة لا نك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر أنك أخطأت بزيادة عشرة وظهر أن كل سهم زائد يزيل خطأ سهم فزد على النصيب قدر الخطأ الأول وذلك أحد عشر ليزول الخطأ فصار ثلاثة عشر فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع منه سهمها وضمه إلى ما بقي وهي أربع فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربع وثلثون فتصير تسعة وثلثين كما ذكرنا ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتخرج المسألة على طريقة الحشوفهوان تأخذ عدد البنين خمسة وتزيد عليه واحدا فتصير ستة ثم تضرب ستة في مخرج المستثنى وهو مثل الثلث والرابع وذلك اثنا عشر فتصير اثنين وسبعين ثم زيد ثلث مخرج المستثنى وربعه وذلك اثنا عشر وثلثه وربعه سبعة فتصير تسعة وسبعين فهذا ثلث المال وثلاثة مثله مائة وثمانية وخمسون (وأما) معرفة النصيب فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم وتضرب به في مخرج الثلث وذلك ثلاثة فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة في مخرج السهم المستثنى وذلك اثنا عشر فتصير ستة وثلثه ثم تزيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعة فتصير ثلاثة وأربعين فهو النصيب بقي إلى تمام الثلث ستة وثلثون وأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين ثم استرجع مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها إلى ما بقي وهو ستة وثلثون فتصير سبعة وخمسين ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك مائة وثمانية وخمسون فتبلغ مائتين وخمسة عشر فاعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل ما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصي له اثنين وعشرين ولو قال إلا ثلث وربع ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة فتخرجها على طريقة الحشوفهوان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليه واحدا فتصير ستة ثم تضرب به في خمسة لما بينا فتصير ثلاثين ثم زد عليه مخرج الثلث والرابع وذلك سبعة فتصير سبعة وثلثين فهو الثلث والثلثان أربع وسبعون (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضرب به في ثلاثة ثم ثلاثة في خمسة فصارت خمسة عشر

ثم زد عليه مثل مخرج الثلث والرابع وهو سبعة فتصير اثنين وعشرين وبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فأعطى صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقى وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها الى ما بقى من الثلث وهو خمسة عشر فتصير ستة وثلاثين ضمها الى ثلث المال وذلك أربعة وسبعون تبلغ مائة وعشرة لكل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطيت صاحب الوصية قبل الاسترجاع وللموصى له درهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ترك خمسة بنين وقد أوصى بمثل نصيب أحدهم وثلث ما بقى من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبين أربعة عشر والباقي عند النصيبين من الثلث ثلاثة تعطى ثلث ما بقى من الثلث سهمان من ذلك يبقى سهم يرد الى ثلث المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين وتخرج على طريقة الحشوان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزيد عليه بالنصيبين سهمين لان الموصى له بالنصيبين بمنزلة الابن فكان البنين سبعة فتصير الفريضة من سبعة ثم اضربها في ثلاثة لاجل الثلث فتصير أحد وعشرين ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلث ما بقى من الثلث لتخرج المسألة فيبقى سبعة عشر وهو الثلث واذا أردت معرفة النصيب فالوجه فيه ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلاثة فتصير ستة لان الوصية تنفذ من الثلث ثم اضربه في ثلاثة لاجل ما يبقى من الثلث فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه أربعة مثل ما طرحت من الاول يبقى أربعة عشر فهو النصيبان يبقى الى تمام الثلث ثلاثة فاعط بثلث ما بقى من الثلث سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا يرد الى ثلث المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال سهما ما لو أعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه ثلثان وذلك خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما بقى سهمين يبقى سهم يرد الى ثلث المال وذلك عشرة فتصير أحد عشر وحاجتنا الى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فظهر انك أخطأت بزيادة ستة فرد في ثلث المال سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما بقى سهمين يبقى سهم فزده الى ثلث المال وذلك أربعة عشر فيصير خمسة عشر وحاجتك الى عشرة لانك أعطيت بالنصيبين أربعة فيجب ان يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة فيكون لهم عشرة فظهر انك أخطأت في هذه الكثرة بزيادة خمسة والخطأ الاول كان ستة فمتى زدت سهمين ذهب به من الخطأ سهم فعلم ان كل سهم يزداد على الثلث يذهب به سهم من الخطأ فزاد اثناعشر على الثلث الاول وهو خمسة حتى يزول الخطأ كله فتصير سبعة عشر فهو الثلث ثم الباقي الى آخره وأما على طريقة الجامع الا صغر فهو ان تأخذ الثلث الاول وهو خمسة واضربه في الخطأ الثاني وهو خمسة فتصير خمسة وعشرين وتأخذ الثلث الثاني وذلك سبعة وتضربه في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير اثنين وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ النصيب الاول وذلك سهمان وتضربه في الخطأ الثاني وذلك خمسة فتصير عشرة ثم تضرب النصيب الثاني وذلك أربعة في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح الاقل من الاكثر فيبقى أربعة عشر فهو النصيبان (وأما) على طريقة الجامع الا كبر فهو ان تضعف الثلث الاول الا النصيبين وذلك ثلاثة فتصير ستة ثم زد عليه النصيبين فتصير ثمانية وهذا هو الثلث فاعط بالنصيبين سهمين فيبقى ستة وأعط ثلث ما بقى أربعة يبقى سهمان يرد الى ثلث المال وذلك ستة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى خمسة لانك أعطيت بالنصيبين سهمين فيجب ان يكون لكل ابن سهم فالخطأ الثاني في الجامع الا كبر بزيادة ثلاثة والخطأ الاول في الخطأين كان زيادة ستة فخذ الثلث الاول في الخطأين وذلك خمسة واضربه في الخطأ الثاني وذلك ثلاثة عشر فتصير خمسة وستين وخذ الثلث الثاني في الجامع الا كبر وذلك ثمانية واضربه في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ ما جمع من الخطأين أحدهما ستة والاخر ثلاثة عشر فاطرح الاقل من الاكثر فاذا طرحت ستة

من ثلاثة عشر يبقى سبعة فهو النصيب ولو أوصى بثلاث ما يبقى والمسئلة بحالها فالقرية من سبعة وخمسين والثلاث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلاث ما يبقى واحد (وتخرى بها) على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليها النصيبين وذلك سهمان فتصير سبعة ثم اضربها في ثلاثة فتصير احدى وعشرين ثم اطرح منها النصيبين وذلك سهمان يبقى تسعة عشر فهو الثلث فقد طرح محمد رحمه الله في هذه المسئلة سهمين وفي المسئلة المتقدمة طرح أربعة أسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلاثي ما يبقى فعلى قياس ما ذكرهناك يجب ان يطرح ههنا أيضاً أربعة (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلاثة فتصير ستة ثم تضرب ستة في ثلاثة فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر فهو النصيب وبقي الى تمام ثلث المال ثلاثة فاعط بثلاث ما يبقى ثلثه وذلك سهم يبقى سهمان يرد الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير أربعين تقسم بين البنين لكل ابن ثمانية (وأما) التخرى على طريق الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلاث ما يبقى سهمان يبقى سهم يرد الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر وحاجتك الى خمسة فتبين انك أخطأت بزيادة سبعة فزد على الثلث سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلاث ما يبقى سهمان يبقى سهمان تظم الى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى عشرة فظهر انك أخطأت في هذه الكرة بزيادة ستة والخطأ الاول كان زيادة سبعة فعلمت ان كل سهمين زاد في الثلث تذهب من الخطأ سهمان فزد في الثلث الاول أربعة عشر سهماً حتى يزول الخطأ كله فاذا زدت على خمسة أربعة عشر تصير تسعة عشر فهو الثلث ثم يأتي الكلام على نحو ما ذكرنا (والتخرى) على طريقة الجامع الا صغر والا كبر على نحو ما بينا فاذا مات رجل وترك أما وابنتين وأمرأتين وعصبة وأوصى لرجل بمثل نصيب احدى ابنتيه وبثلث ما يبقى من الثلث لآخر فالقرية من ستة وستين والنصيب ستة عشر وثلث الباقي اثنان وللبنتين اثنان وثلاثون وللأم ثمانية وللنساء ستة وللعصبة سهمان هكذا اخرجها محمد رحمه الله في الاصل ومشايخنا رحمهم الله اخرجوها من نصف ما اخرجها في الكتاب من غير كسر وهو ثلاثة وثلاثون (وطريق) هذا التخرى يجب ان اصل هذه القرية من أربعة عشر وعشرين لحاجتك الى الثمن والثلاثين والسادس فالمرأة الثمن ثلاثة أسهم وللبنتين الثلثان ستة عشر وللأم السدس أربعة أسهم وللعصبة سهمان فالبنتان يستحقان السهمين وهو الثلثان والباقيون يستحقون سهماً واحداً وهو الثلث فصارت المعنى كان عدد الورثة ثلاثة لان سهامهم ثلاثة فاجعل كأن له ثلاثة بنين أوصى لرجل بمثل نصيب احدى وبثلث ما يبقى من الثلث ولو كان هكذا فالجواب سهل وهو ان تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليها سهماً لاجل الوصية الاولى وتضربها في ثلاثة لاجل الوصية الثانية فتصير اثني عشر ثم اطرح منها سهماً لاجل الوصية الثانية فيصير ثلث المال احدى عشر وثلثاه مثله وذلك اثنان وعشرون فتصير بمهلة المال ثلاثة وثلاثين والنصيب سهم واحد مضروب في ثلاثة ثم في ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهماً فيبقى ثمانية فاعط لصاحب النصيب ثمانية واعط ثلث ما يبقى وذلك سهم واحد فتصير تسعة وبقي الى تمام الثلث سهمان ضمهما الى الثلثين وهو اثنان وعشرون فتصير أربعة عشر وعشرين للبنتين الثلثان لكل واحدة ثمانية مثل ما أعطيت لصاحب النصيب وللأم أربعة أسهم وللنساء ستة وللعصبة سهمان فخرجت المسئلة من نصف ما خرج في الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب احدى البنيتين الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالقرية من ستين وأربعة وعشرين والنصيب مائة وستون وثلث الباقي ستة عشر وطريق التخرى يجب ان تجعل كأن عدد الورثة ثلاثة زد عليها سهماً لاجل الوصية فتصير أربعة عشر ثم اضرب أربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر ثم زد عليها سهماً تصير ثلاثة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثله فتصير تسعة وثلاثين والنصيب سهم في ثلاثة ثم في ثلاثة فذلك تسعة ثم زد عليها سهماً فتصير عشرة ثم استثن منها سهماً مثل ثلث ما يبقى وضمه الى ما بقي فتصير أربعة عشر ثم ضم الاربعه الى ثلثي المال فتصير ثلاثين لكل بنت عشرة مثل ما أعطيت قبل الاستثناء وللأم السدس خمسة بقى خمسة

بين المرأة والعصبة أر باعاً لأن حق المرأة في ثلاثة أسهم وحق العصبة في سهم فيكون حقها ثلاثة أضعاف حق العصبة فان رضى بالكسر فاجعل الخمسة الباقية بينهما أر باعاً وان لم ترض فاضرب أصل الحساب في أر بعة فتكون مائة وستة وخمسين منها تخرج السهام على الصحة وهو ربع ما خرجه محمد في الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب المرأة وبثلث ما يبقى من الثلث فالقرضة من مائتين وأربعة وثلاثين والنصيب أر بعة وعشرون وثلث الباقي ثمانية عشر وطريقه ان تجعل كان عدد الورثة ثمانية لأن السهام ثمانية فكانه أوصى بمثل نصيب أحدهم فزد عليه سهماً فتصير تسعة ثم اضر بها في ثلاثة فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح منها سهماً فيبقى ستة وعشرون فهذا ثلث المال وجميع المال ثمانية وسبعون والنصيب سهم مضر وب في ثلاثة ثم في ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهماً فيبقى ثمانية وثلث ما يبقى ستة فيبقى اثناعشر ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنان وخمسون فتصير أر بعة وستين للمرأة منها ثمانية وتبين انك أعطيت للموصى له بمثل نصيبها مثل نصيبها ثمانية فيبقى ستة وخمسون لا تستقيم بين الام والبنين والعصبة لانه يجب أن يكون للبنين ثلثاً أر بعة وستين وليس لها ثلث صحيح وللأم سدسها وليس لها سدس صحيح أيضاً غير ان بين مخرج السدس وحسابنا موافقة بنصف ونصف فاضرب أحدهما في وفق الآخر وهو ثمانية وسبعون في ثلاثة فيبلغ الحساب مائتين وأربعة وثين كما قال في الكتاب فكل من كان له سهم في الحساب الاول صار له ثلاثة في الحساب الثاني كان حق الموصى له في ثمانية فصار أر بعة وعشرين وحق البنين في اثنين وأربعين وثلثي درهم فصار مائة وثمانية وعشرين وحق الأم في عشرة وثلثي درهم مضر وباقي ثلاثة فيكون اثنين وثلاثين وحق العصبة في درهمين وثلثي درهم مضر وباقي ثلاثة فيكون ثمانية دراهم ولو كان لرجل خمس بنين فأوصى لأحدهم بكال الربع بنصيبه ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث فاجاز وفاققرضة من اثني عشر النصيب اثنان وتكلمة الربع سهم واحد وثلث ما يبقى من الثلث واحد لان الوصية للوارث صحيحة عند اجازة الورثة وتفاوت ما بين نصيبه والربع سهم لانه لو لم يكن ههنا وصية لاجنبي لكان له الربع والباقي بين البنين الار بعة أر باعاً فاحتجنا الى حساب له ربع ولباقه ربع وأقله ستة عشر فيعطى له ربع المال أر بعة والباقي بين البنين الار بعة أر باعاً لكل ابن ثلاثة وله أر بعة فتبين انه بهذه الوصية لا يستحق الاسهم فاذا أوصى لغيره بثلث ما يبقى من الثلث فخذ حساباً له ثلث ور ربع وأقله اثناعشر فثلثه أر بعة ور بعة ثلاثة فأعطى للموصى له بكال الربع سهمان وللاخر سهمان لان ثلث ما يبقى من الثلث بعد كمال الربع سهم بقي اثنان ضمهما الى ثلثي المال فتصير بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان (فتبين) انا اذا أعطينا له ربع المال فنصيبه بنصيبه سهمان مثل ما أصاب هؤلاء والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) التقدير بثلث المال اذا كان هناك وارث ولم يجز الزيادة فلا تجوز الزيادة على الثلث الا باجازة الوارث الذي هو من أهل الاجازة والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روينا من حديث سعد رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى بجميع مالي فقال لا فقال فبثلثيه فقال لا فقال فنصفه قال عليه الصلاة والسلام لا قال فبثلثه فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير لك من ان تدعهم عالة ان يتكفون الناس وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرنا انه وقت تعلق حق الورثة بالتركة اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض وحقهم يتعلق بماله في مرض موته الا في القدر المستثنى وهو الثلث فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات كالهبة والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد فان كان صحيحاً تجوز في جميع ماله وان كان مريضاً لا تجوز الا في الثلث لان الهبة والصدقة كل واحد منهما ايجاب الملك

للحال فيعتبر فيها حال العقد فاذا كان صحيحا فلا حق لاحد في ماله فيجوز من جميع المال واذا كان مريضا كان حق الورثة متعلقا بماله فلا يجوز الا في قدر الثلث وكذا الاعتاق في مرض الموت والبيع والمحاباة قدر ما لا يتغابن الناس فيه وبراء الغريم والعفو عن دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث ويجوز العفو عن دم العمد ولا يعتبر فيه الثلث لان حق الورثة انما يتعلق بالمال والقصاص ليس بمال وكذا ان شاء الكفالة بالدين في حال المرض وضمان الدرك لانه تبرع بالنظام الدين فيعتبر من الثلث كما تعتبر الهبة لانه يتهم فيه كما يتهم في الهبة ولو اقر في مرضه بكفالة بالدين حال صحته فحكم هذا الدين حكم دين المرض حتى لا يصدق في حق غرماء الصحة ويكون المكفول له مع غرماء المرض سواء ولو كفل في صحته وازاد ذلك الى ما يستقبل بان قال المكفول له ككفلت بما يذوب لك على فلان ثم وجب له على فلان دين في حال مرض المكفيل فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سواء حتى يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غريم الصحة لان الكفالة وجدت في حال الصحة وعن ابراهيم النخعي رحمه الله فيمن اوصى لام ولده في حياته وصحته ثم مات انه ميراث ولو اوصى عند موته لها بوصية فهي لها من الثلث والاول محمول على ما اذا أعطاهاشيا في حياته على وجه الهبة لان الهبة منها لا تتصور حقيقة لكونها تملكها وهي ليست من أهل الملك لانها مملوكة والثاني يجري على ظاهره لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وهي عند الموت من أهل الملك لكونها حرة فكانت من أهل الوصية لها ولو اوصى بما زاد على الثلث ولا وارث له نجوز من جميع المال عندنا وعند الشافعي لا تجوز الا من الثلث والمسئلة ذكرناها في كتاب الولاء وكذلك اذا كان له وارث وأجاز الزيادة على الثلث لان امتناع النفاذ في الزيادة لحقه والا فالمنفذ للتصرف وهو الملك قائم فاذا أجاز فقد زال المانع ثم اذا جازت بأجازته فالموصى له يملك الزيادة من قبل الموصى لا من قبل الوارث فالزيادة جوازها جواز وصيته من الموصى لا جواز عطية من الوارث وهذا قول أصحابنا رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله جوازها جواز هبة وعطية حتى يقف ثبوت الملك فيها على القبض عنده وعندنا لا يقف (وجه) قوله ان النفاذ لما وقف على اجازة الوارث فدل ان الاجازة هبة منه والدليل عليه ان الوارث لو أجاز الوصية في مرض موته تعتبر اجازته من ثلثه فنبت ان التملك منه (ولنا) ان الموصى بالوصية متصرف في ملك نفسه والاصل فيه النفاذ لصدور التصرف من اهل في الحل وانما الامتناع المانع وهو حق الوارث فاذا أجاز فقد زال المانع وينفذ بالسبب السابق لا نازلة المانع لان ازالته شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف الى السبب لا الى الشرط ويتوقف ثبوته على السبب في الحقيقة لا على الشرط لان الشروط كلها شروط الاسباب لا شروط الاحكام على ما عرف في أصول الفقه وقد خرج الجواب عما ذكر (وأما) اجازته في مرض موته فانما اعتبرت من ثلثه لانه لا يكون الاجازة منه تملكها واجبا للملك لان الاجازة لا تنبئ عن التملك بل هي ازالة المانع عن وقوع التصرف تملكها باسقاط الحق عن مال التصرف وهو متبرع في هذا الاسقاط فيعتبر تبرعه من الثلث كما يعتبر تبرعه بالتمليك بالهبة من الثلث فان أجاز بعض الورثة ورد بعضهم جازت الوصية بقدر حصصة المحيز منهم وبطلت بقدر انصاء الرادين لان لكل واحد منهم ولاية الاجازة والرد في قدر حصته فتصرف كل واحد منهم في نصيبه صدر عن ولاية شرعية فينفذ ثم انما تعتبر اجازة من أجاز اذا كان المحيز من أهل الاجازة بان كان بالغاً عاقلاً فان كان مجنوناً أو صبيلاً لا يعقل لا تعتبر اجازته فان كان عاقلاً بالغاً لكنه مريض مرض الموت جازت اجازته ثم ان كان الوارث واحدا كانت اجازته بمنزلة ابتداء الوصية حتى لو كان الموصى له وارثه لا تجوز اجازته الا ان تجيزها ورثة المريض بعدم موته وان كان أجنبياً تجوز اجازته وتعتبر من الثلث ثم وقت الاجازة هو ما بعد موت الموصى ولا تعتبر الاجازة حال حياته حتى انهم لو أجازوا في حياته لهم أن يرجعوا عن ذلك بعدم موته وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تجوز اجازتهم بعدم موته وحال حياته واذا أجازوا في حياته فليس لهم أن يرجعوا بعدم موته ولا خلاف في انهم اذا أجازوا بعدم موته ليس لهم أن

برجعوا بعد ذلك (وجهه) قول ابن أبي ليلى ان اجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لان حقهم يتعلق بماله في مرض موته الا انه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين انه كان مرض الموت فتبين ان حقهم كان متعلقا بماله فتبين انهم اسقطوا حقهم بالا جازة فجازت اجازتهم (ولنا) ان حقهم انما يثبت عند الموت لانه انما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت فاذا مات الآن علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الا ان الا انه اذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت الى اول المرض والاستناد انما يظهر في القائم لا في الماضي واجازتهم قد مضت لغواضا نعا لا نعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الاجازة والدليل على ان حق الورثة لا يثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض ان المريض يحمل له أن يطأ جاريته ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين انه وطئ ملك غيره فتبين انه كان حراما وليس كذلك بالاجماع على ان في اثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض ابطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار الحق للحال لا بطل الحقيقة عند الموت فكان اعتباره من طريق الاستناد فيظهر في القائم لا في الماضي ولو أوصى بألف درهم من مال رجل أو عبد أو شيء آخر له فأجاز ذلك الرجل قبل موته أو بعد موته فله ان يرجع عنه ما لم يدفعه الى الموصي له فاذا دفعه اليه جاز لان جوازه ليس بجواز وصيته اذ لا ولاية على مال الغير وانما جوازه جواز هبة من صاحب المال فلم تكن اجازته اجازة اسقاط حق بل هو عقد هبة منه لان تصرف الموصي صادف ملك غيره فوقف على اجازته فاذا اجازته الغير فوقع هبة من جهته لا وصية من الموصي كانه وهبه ابتداء فان سلم جازت الهبة والا فلا بخلاف الوصية بما زاد على الثلث اذا اجازها الورثة انما تجوز ولا يشترط فيها التسليم الى الموصي له لان التصرف هناك وقع وصية لمصادفة ملك نفسه فلا يفتقر الى التسليم وانما يفتقر الى الاجازة فاذا وجدت الاجازة جازت الوصية ونفذت وسواء كان الموصي به جزءا مسمى كالثلث والنصف او كان جميع المال او كان عينا مشارا اليها بان اوصى بعبد له او ثوب له انه يعتبر في ذلك كله الثلث فان كان يخرج من ثلث جميع ماله فهو له وان كان لا يخرج فله منه قدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر فله ثلثه والثلثان للورثة وسواء كانت الوصية واحدة او اجتمعت الوصايا انه ينفذ الكل من الثلث ان امكن تنفيذ الكل منه وان لم يمكن وضاق الثلث عن الكل يتضارب فيه ويقدم البعض على البعض عند وجود سبب التقدم وبيان هذه الجملة ان الوصايا اذا اجتمعت فالثلث لا يخلو اما ان كان يسع كل الوصايا واما ان لا يسع الكل فان كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل لان الوصية تعلقت بالكل وامكن تنفيذها في الكل فتنفذ سواء كانت الوصايا لله تبارك وتعالى كالوصية بالقرب من الوصية بالحج الفرض والزكاة والصوم والصلاة والكفارات والنفذ وروضة الفطر والاضحية وحج التطوع وصوم التطوع وبناء المساجد واعتناق النسمة وذبح البدنة ونحو ذلك او كانت للعباد كالوصية لزيد وعمر وبكر وخاله وكذلك لو كان الثلث لا يسع الكل لكن الورثة اجازت (فأما) اذا كان الثلث لا يسع ولم تجز الورثة فالوصايا لا تخلو (اما) ان كانت كلها لله تعالى عز وجل وهي الوصية بالقرب او كان بعضها لله تعالى والبعض للعباد فان كان الكل لله تعالى فلا يخلو (اما) ان كان الكل فرائض او واجبات او نوافل او اجتمع في الوصايا من كل جنس من الفرائض والواجبات والتطوعات فان كان الكل فرائض متساوية يبدأ بما قدمه الموصي لان عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات فيرجح بالبداية لان البداية دليل اهتمامه بما بدأ به لان الانسان يبدأ بالاهم فالاهم عادة واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة روى عنه انه يبدأ بالحج وان أخره الموصي في الذكر وروى عنه انه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد (وجهه) الرواية الاولى ان الحج عبادة بدنية والزكاة عبادة مالية والعبادة البدنية اولى لان النفس اقدس وأعز من المال فكان تقرر الى الله تبارك وتعالى بأعز الاشياء وانفسها عنده فكان أقوى فكانت البداية به اولى على ان الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن فكان الحج أقوى فكان اولى بالتقدم (وجهه) الرواية الاخرى أن الحج تحض حقا لله تعالى والزكاة يتعلق بها حق العبد فيقدم لحاجة العبد وغنا الله عز وجل وقالوا في الحج والزكاة انهما

يقدمان على الكفارات لانهما واجبان بإيجاب الله ابتداء من غير تعلق وجوبهما بسبب من جهة العبد والكفارات
يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل والظهار واليمين والواجب ابتداء أقوى فيقدم والكفارات متقدمة
على صدقة الفطر لان صدقة الفطر واجبة والكفارات فرائض والقرض مقدم على الواجب ولان هذه الكفارات
منصوص عليها في الكتاب العزيز ولا نص في الكتاب على صدقة الفطر وإنما عرفت بالسنة المطهرة فكان
المنصوص عليه في الكتاب العزيز أقوى فكان أولى وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية وان كانت الاضحية أيضاً
واجبة عندنا لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها والاضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق على الوجوب أقوى
فكان بالبداية أولى وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر في رمضان لان وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر
الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها بأخبار مشهورة والثابت بالخبر المشهور أقوى فيقدم وقالوا ان صدقة الفطر
تقدم على المنذور به لانها وجبت بإيجاب الله تبارك وتعالى ابتداء والمنذور به وجب بإيجاب العبد وقد تعلق وجوبه
أيضاً بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة والاشكال عليه ان صدقة الفطر من الواجبات لا من الفرائض لان
وجوبها ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم ولهذا لا يكفر جاحده والوفاء بالمنذور به فرض لانه
وجوبه ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تبارك وتعالى وليوفوا نذورهم والقرض
مقدم على الواجب ولهذا يكفر جاحد وجوب الوفاء بالنذر وفي كتاب الله عز وجل دليل عليه وهو قوله
سبحانه وتعالى ومنهم من عاهد الله لآن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فاما آتاهم من فضله بخلاوة
وتولاهم معرضون فاعقبهم تقاضا في قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون والمنذور به
مقدم على الاضحية لانه واجب الوفاء بيقين وفي وجوب الاضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد والاضحية تقدم على
النوافل لانها واجبة عند أبي حنيفة رضي الله عنه وسنة مؤكدة عندهما والشافعي رحمه الله والواجب والسنة
المؤكدة أولى من النافلة فالظاهر من حال الموصي انه قصد تقديمها على النافلة تحسينا للظن بالمسلم الا انه ترك سهوا
فيقدم بدلالة حالة التقديم وان أخره بالذكر على سبيل السهو هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن في الوصايا
بالقرب اعتاق منجز وهو الاعتاق في مرض الموت أو اعتاق معلق بالموت وهو التدبير فان كان تقدم
ذلك لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل النسخ فكان أقوى فيقدم (وأما) الوصية بالاعتاق
فان كان اعتاقا واجبا في كفارة فحكمه حكم الكفارات وقد ذكرنا ذلك وان لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر
لوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع ونحو ذلك لان الوصية بالاعتاق ياحقها
النسخ كما يلاحق سائر الوصايا فكانت الوصية بالاعتاق غير واجبة مثل سائر الوصايا فلا تقدم بخلاف الاعتاق المنجز
في المرض والمعلق بالموت لانه لا ياحقهما النسخ فكان أقوى فيقدم على سائر الوصايا وان كانت الوصايا بعضها لله
سبحانه وتعالى وبعضها للعباد فان أوصى لقوم بأعيانهم يتضاربون بوصاياهم في الثلث ثم ما أصاب العباد فهو لهم لا يقدم
بعضهم على بعض لما بين وما كان لله تبارك وتعالى يجمع ذلك فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان
كان مع الوصايا لله تبارك وتعالى وصية لواحد معين من العباد فانه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل
جهة من جهات القرب مفردة بالضرب فان قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولز يد فان الثلث يقسم على
أربعة أسهم سهم للموصي له وسهم للحج وسهم للزكاة وسهم للكفارات لان كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى
فتفرد كل جهة بسهم كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين فان قيل جهات القرب وان اختلفت فالمقصود منها كلها واحد
وهو طلب مرضات الله تبارك وتعالى وابتغاء وجهه الكريم فينبغي ان يضرب للموصي له بسهم والقرب بسهم
فالجواب ان المقصود من الكل وان كان واحد أو هو ابتغاء وجه الله عز وجل وطلب مرضاته لكن الجهة منصوص
عليها فيجب اعتبارها كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وبناء السبيل ان كل واحد منهم يضرب بسهمه وان

كان المقصود من الكل التقرب الى الله سبحانه وتعالى لكن لما كانت الجهة منصوباً عليها اعتبر المنصوص عليه كذا ههنا هذا اذا كانت الوصايا كلها لله تبارك وتعالى أو بعضها لله تبارك وتعالى وبعضها للعباد (فاما) اذا كانت كلها للعباد فانها لا تخلو من أحد وجهين (اما) ان كانت كلها في الثلث لم تجاوز واحدة منها قدر الثلث (وأما) ان جاوزت فان لم تجاوز بان أوصى لا نسان بثلاث ماله ولا آخر بالربع ولا آخر بالسدس فانهم يتضاربون في الثلث بقدر حقوقهم فيضرب صاحب الثلث بثلاث الثلث وصاحب الربع بربع الثلث وصاحب السدس بسدس الثلث فيضرب كل واحد منهم بقدر فريضته من الثلث فلا يقدم بعضهم على بعض الا اذا كان مع هذه الوصايا أحد الاشياء الثلاثة الا عتاق المنجز في المرض أو المعلق بالموت في المرض أو في الصحة وهو التدبير أو البيع بالحياة بما لا يتغابن الناس فيه في المرض فيقدم هو على سائر الوصايا التي هي للعباد كما يقدم على الوصايا بالتقرب فيبدأ بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب أهل الوصايا فيما يبقى من الثلث ويكون بينهم على قدر وصاياهم وانما قلنا انه لا يقدم البعض على البعض في غير المواضع المستثناة لان تقديم البعض على البعض يستدعي وجود المرجح ولم يوجد لان الوصايا كلها استوتت في سبب الاستحقاق لان سبب استحقاق كل واحد منهم مثل سبب صاحبه والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم والاستواء في سبب الاستحقاق في مواضع الاستثناء لان العتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ والحياة تستحق بعقد ضمان وهو البيع اذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضموناً بالنهي والوصية تبرع فكانت الحياة المتعلقة بعقد الضمان أقوى فكانت أولى بالتقديم وان اجتمع العتق والحياة وضاق الثلث عنهما فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ان كانت الحياة قبل العتق يبدأ بالحياة والاستوى كما كذا روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق تقدم أو تأخر (وجه) قولهما ان العتق أقوى من الحياة لانه لا يحتمل الفسخ والحياة تحتمل وفي باب الوصايا يقدم الاقوى فالأقوى اذا كان الثلث لا يسمع الكل ولهذا قدم العتق على سائر الوصايا وبه تبين أنه لا عبرة بالتقديم في الذكر فانه يقدم على سائر الوصايا وان كانت مقدمة في الذكر على العتق على ان التقدم في الذكر يعتبر ترجيحاً والترجيح انما يكون بعد الاستواء في ركن العلة والاستواء ههنا لما بيننا فبطل الترجيح ولا بى حنيفة رحمه الله ان الحياة أقوى من العتق لانها تستحق بعقد ضمان على ما بيننا والعتق تبرع محض فلا يزاحمها وكان ينبغي أن يقدم على العتق تقدمت في الذكر أو تأخرت الا أن مزاحمة العتق اياها حالة التأخير ثبتت لضرورة التعارض حالة التقدم على ما ذكره (وأما) قولهما ان الاعتاق لا يحتمل الفسخ فبعض المشايخ قالوا ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ من جهة الموصى فان من باع ماله بالحياة في مرض موته لا يملك فسخه كما لو أعتق عبده في مرض موته أنه لا يملك فسخه فاستوى في عدم احتمال الفسخ من جهة الموصى وهو المعلق والبائع فاذا كانت البداية بالحياة ترجحت بالبداية لكون البداية به ادليل الاهتمام ولا يمكن ترجيح العتق عند البداية به لان تعلق الحياة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق الذي هو تبرع محض فتعارض الوجهان فسقطا والتحقيق بعدم بقاء أصل التعارض بلا ترجيح فتقع المزاحمة بين الحياة والعتق فيقسم الثلث بينهما وهذا الجواب ضعيف لان البيع بالحياة تصرف يحتمل الفسخ في نفسه في الجملة فيفسخ بخيار العيب والرؤية والشرط والا قالة اذ هي فسخ في حق المتعاقدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فكانت الحياة محتملة للفسخ في الجملة والعتق لا يحتمله رأساً فكان أقوى من الحياة فيجب ان يقدم عليها كما هو مذهبهما (ومنهم) من قال ان عدم احتمال العتق للفسخ ان كان يقتضي ترجيحه على الحياة كما ذكرنا من تعلق الحياة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق فوقع التعارض فتزجح الحياة بالبداية واذا لم يبدأ بها فلم يوجد الترجيح فبقيت المعارضة فثبتت المزاحمة وهذا أيضاً ضعيف لانه لو كان كذلك للزم تقديم العتق على الحياة اذ ابدأ بالعتق لوجود المرجح للعتق عند وقوع التعارض ولا يقدم غيره بل يقسم الثلث بينهما (ومنهم) من قال تعلق الحياة بعقد الضمان من حيث استحقاقها به أقوى في الدلالة من العتق من

حيث عدم احتمال الفسخ بدليل أن الدين مقدم على الاعتاق حتى لو أعتق عبداً أمستغراً بالدين لا ينفذ وإن كان الاعتاق لا يحتمل الفسخ والمعارضة محتمة للفسخ لكونها عقد ضمان فلا يعارضها العتق إلا عند البدابة وعلى الجملة تقر بمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة بالاضافة الى عقولنا مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم وفرع أبو حنيفة رضي الله عنه على هذا فقال إذا أعتق ثم حابي ثم أعتق يقسم الثالث بين العتق الاول وبين المحاباة نصفين ثم ما أصاب العتق الاول يقسم بينه وبين العتق الثاني لاستوائهما في القوة ولو حابي ثم أعتق ثم حابي يقسم الثلث بين المحابتين نصفين ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة يقسم بينهما وبين العتق نصفين كما إذا أعتق ثم حابي والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كان مع الوصايا للعباد عتق أو محاباة فإن لم يكن يضرب كل واحد منهما بقدر حقه من الثلث حتى لو أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بالسدس ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما اثلاثاً تسهماً لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس أصل المسألة من ستة ثلث المال ثلاثة وثلاثة مثلاً وذلك ستة فجملة المال تسعة ثلثه وذلك ثلاثة للموصي لهما بالثلث والسدس بينهما اثلاثاً وثلاثة وذلك ستة للورثة فاستقام الثلث والثلاثان وإن أجازت الورثة فلموصى له بالثلث تسهماً وللموصى له بالسدس سهم والباقي وهو ثلاثة من ستة للورثة على فرائض الله تبارك وتعالى ولو أوصى لرجل بالثلث ولا آخر بالربع ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على سبعة أسهماً لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة أصل المسألة من اثني عشر للموصى له بالثلث ثلثها وذلك أربعة عشر فيكون كل المال احد وعشرين الثلث من ذلك سبعة للموصى له بالثلث والثلاثان وهو أربعة عشر للورثة وإن أجازت الورثة فلموصى له بالثلث ما أوصى له وهو أربعة عشر للموصى له بالربع ما أوصى له وهو ثلاثة والباقي وهو خمسة من اثني عشر للورثة على فرائض الله تعالى ولو أوصى لرجل بالثلث ولا آخر بالربع ولا آخر بالسدس فثلث المال تسعة أصل المسألة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولصاحب السدس سهمان وذلك تسعة وثلثا المال مثلاً وذلك ثمانية عشر فيكون جملة سبعة وعشرين سهام الوصية منها تسعة ثلاثة وأربعة وسهماً وثمانية عشر سهام الورثة هذا إذا لم يكن في الوصايا ما يزيد على الثلث فإن كان بان أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بالنصف فإن أجازت الورثة فلكل واحد ما أوصى له به فالثلث للموصى له بالثلث والنصف للموصى له بالنصف أصل المسألة من ستة للموصى له بالثلث تسهماً وللموصى له بالنصف ثلاثة وذلك خمسة والباقي للورثة وإن لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة لكل واحد منهما سهم من ستة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب النصف الثلث تسهماً وإن أوصى لرجل بربع ماله ولا آخر بنصف ماله فإن أجازت الورثة فلكل واحد منهما ما أوصى له به فالربع للموصى له بالربع والنصف للموصى له بالنصف والربع الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى لأن المانع من الزيادة على الثلث حق الورثة وقد زال بإجازتهم وإن ردوا فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ وإن نفذت ففي الثلث لا غير وإنما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهماً للموصى له بالنصف أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة وعند أبي يوسف ومحمد على ثلاثة تسهماً للموصى له بالربع لأن للموصى له بالنصف لا يضرب إلا بالثلث عنده والموصى له بالربع يضرب بالربع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثلثها أربعة وربعها ثلاثة فتجعل وصيتها على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثلاً وذلك أربعة عشر وجميع المال احد وعشرون سبعة منها للموصى لهما أربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالربع وعند أبي يوسف ومحمد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهماً لأن الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصى له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهماً فالنصف يكون سهمين والربع سهماً فيكون ثلاثة فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهماً تسهماً للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وهذا بناء على أصل وهو أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله

تعالى الا في خمس مواضع في العتق في المرض وفي الوصية بالعتق في المرض وفي المحابة في المرض وفي الوصية بالمحابة وفي الوصية بالدرهم المرسله فانه يضرب في هذه المواضع بجميع وصية من غير اجازة الورثة وصورة ذلك في الوصية بالعتق اذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتهما بقيمة أحدهما ألف بقيمة الآخر ألفان ولم يحجز الورثة عتقا من الثلث وتلت ماله ألف درهم فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة والثلث للذي قيمته ألف فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة فان أجازت الورثة عتقا جميعا وصورة ذلك في المحابة اذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر بيعا بالمحابة بقيمة أحدهما مثلاً ألف ومائة بقيمة الآخر ستمائة فأوصى بأن يباع الأول من فلان بمائة والآخر من فلان آخر بمائة فهنا حصلت المحابة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة وذلك كله وصية لأنها حصلت في حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز وان لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة جازت محابتهما بقدر الثلث وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بخمسمائة وصورة ذلك في الدرهم المرسله اذا أوصى لآدمان بألف والآخر بالدين وثلث ماله ألف فالثلث يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ولا خلاف أيضا في الوصية بأقل من الثلث كالربع والسادس ونحو ذلك ان الموصى له يضرب بجميع وصيته (وجهه) قوله نعم أن الوصية وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه فيجب اعتبارها ما أمكن إلا أنه تعذر اعتبارها في حق الاستحقاق لما فيه من ابطال حق الورثة وانه اضرار بهم فوجب اعتبارها في حق الضرب وانه يمكن اذا ضر فيه على الورثة ولهذا اعتبرت التسمية في حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه بيقين والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه بيقين باطل وانما قلنا ان الوصية بالزيادة وصية باطلة لأنها في قدر الزيادة صادفت حق الورثة لأنها وقعت على الاجازة والرد فاذا ردوا تبين انها وقعت باطلة وقوله من كل وجه يعني به استحقاقا وتسمية وهي تسمية النصف فالكمل فلم تقع الوصية صحيحة في مخرجها وقولنا بيقين لأنها لا يحتمل النفاذ لخال ألا يرى انه لو ظهر للميت مال آخر لتنفذ هذه الوصية وهي الوصية بالزيادة على الثلث بخلاف المواضع الخمس فان هناك ما وقعت باطلة بيقين بل تحتل التنفيذ في الجملة بأن يظهر مال آخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث فبين ان الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث فلم يقع باطلة بيقين وههنا بخلافه لانه وان ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال في الوصية ولا يخرج من الثلث وهذا القدر يشكل بالوصية بيقين فان زادت قيمته على الثلث بأن أوصى بثلث عبد لرجل وبثلثيه لآخر ولا مال له سواه فردت الورثة ان صاحب الثلثين لا يضرب بالثلث الزائد عندنا وان لم تكن الوصية باطلة بينين لجواز أن يظهر له مال آخر فتنفذ تلك الوصية فينتفى أن يضرب الموصى له بالثلثين بالثلث الزائد ومع هذا لا يضرب عندنا فأشكك القدر وبخلاف الوصية بالأقل من الثلث لان الوصية هناك وقعت صحيحة في مخرجها من حيث التسمية لان التسمية وقعت بالربع والسادس وكل ذلك مخارج الوصية بالتسمية صادفت محل الوصية وانما يظهر الفرق عند اجتماع الوصيتين فاذا ردت الورثة فالرد ورد عليهما جميعا فيقسم بينهما على قدر نصيبهما ولو أوصى لرجل بجميع ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فأجازت الورثة الوصيتين جميعا فقد روى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة ويكون الباقي بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث وقال حسن بن زياد ايس هذا قول أبي حنيفة أن للموصى له ربع المال وللموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه وذكر الكرخي رحمه الله انه ليس في هذه المسئلة نص رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وانما اختلفوا في قياس قوله والصحيح ان قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيها ما روى عنه أبو يوسف ومحمد رحمه الله لانه قسمة على اعتبار المنازعة وما ذكر حسن رحمه الله تعالى اعتبار العول والمضاربة والقسمة على اعتبار العول والمضاربة من أصولها الا من أصله فان من أصله اعتبار المنازعة في القسمة (وجهه) ههنا ان ما زاد على

الثالث يعطى كله للموصى له بجميع المال لانه لا ينازعه فيه أحد وأما قدر الثالث فينازعه فيه الموصى له بالثالث فاستوت
منازعتهم فيه اذ لا ترجيح لاحدهما على الآخر فيقسم بينهما نصفين فيكون أصل مسألة الحساب من ثلاثة لاجتنابنا
الى الثالث والثلاثين للموصى له بالجميع بلا منازعة والثالث بينهما نصفان الا أنه ينكسر الحساب فيضرب اثنين في ثلاثة
فيصير ستة فيسلم ثلثها للموصى له بالجميع بلا منازعة وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثالث فيقسم بينهما فحصل
للموصى له بالجميع خمسة وللموصى له بالثالث سهم وأما القسمة على طريق العول والمضاربة عند هاهنا ان كل واحد
منهما يضرب بجميع وصيته فالموصى له بالثالث يضرب بالثالث وهو سهم والموصى له بالجميع يضرب بكل المال وهو ثلاثة
أسهم فيجعل المال على أربعة أسهم لصاحب الثالث سهم ولصاحب الجميع ثلاثة هذا اذا جازت الورثة فان ردت
الورثة جازت الوصية من الثالث ثم الثالث يكون بينهما نصفين في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الموصى له بأكثر من
الثالث لا يضرب الا بالثالث اذ لم تجز الورثة عنده وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ارباعا على ما بينا والله
تعالى الموفق هذا اذا اجتمعت الوصايا فيما سوى العين فان اجتمعت الوصايا في العين فان اجتمعت في عين مشار اليها
بان أوصى بعين واحدة لاثنين أو أكثر أو وصى لكل واحد بجميع العين فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقسم العين
بين أصحاب الوصايا على عدد دم فيضرب كل واحد منهم بالقدر الذي حصل له بالقسمة ولا يضرب بجميع تلك العين وان
وقعت القسمة بجميع العين وذلك نحو أن يقول أوصيت بعبدى هذا القلان ثم قال وقد أوصيت بعبدى هذا القلان
آخر والعبد يخرج من ثلث ماله فان العبد يقسم بينهما نصفين على عدد هما وهما اثنان فيضرب كل واحد منهما بنصف
العبد ولا يضرب بأكثر من ذلك وكذلك ان أوصى به لثلاثة أو لاربعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل
واحد منهما بجميع وصيته ويتفق الجواب في تقديم ما يستحق كل واحد منهما من العبد في هذه الصورة لكن
بناء على أصليين مختلفين وانما يظهر ثمرة اختلاف الاصلين فيما اذا انضمت الى الوصية لهما وصية لثالث بأن كان له
عبد والقادر هم سوى ذلك فإوصى بالعبد لاسنان ثم أوصى به لآخر وأوصى لرجل آخر بالف درهم فعند أبي
حنيفة رحمه الله يضرب كل واحد من الموصى له بالعبد بنصف العبد وهذا بنصفه وهذا بنصفه ويضرب الموصى له
بالف درهم بالف فيقسمون بالثلث ارباعا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد من الموصى لهما
بالعبد بجميع العبد والموصى له بالف يضرب بالف فيقسمون الثلث اثلاثا بناء على الاصل الذي ذكرنا فيما تقدم أن
الموصى له بأكثر من الثالث لا يضرب بأكثر من الثالث عنده وعندهما يضرب بجميع وصيته فهما يقولان لان التسمية
وقعت لجميع العين الا انهما لا تظهر في حق الاستحقاق فتظهر في حق الضرب كما في أصحاب الديون وأصحاب العول وأبو
حنيفة رحمه الله يقول ان الموصى قد أبطل وصية كل واحد منهما في نصف العين فله ولاية الا بطل الا يرى ان
له ان يرجع فيبطل استحقاق كل واحد منهما نصف العين فالضرب بالجميع يكون ضربا بوصية باطلة فكان باطلا
بخلاف الغرماء فانه ليس لمن عليه الدين ولاية ابطال حقهم فيضرب كل واحد منهم بكل حقه وبخلاف أصحاب
العول لانه لم يؤخذ من جهة الميت سبب يبطل شهادتهم فيضربون بجميع ما ثبت حقهم فيه ولو كان له عبد آخر قيمته
الف درهم والف درهم فأوصى بعبد لرجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله فالثلث وهو قدر الف درهم يكون بينهما
نصفين خمسمائة للموصى له بجميع العبد وخمسمائة للموصى له بالثلث غير ان ما أصابه الموصى له بالجميع يكون في العبد
وذلك خمسة اسداس العبد وما أصاب الموصى له بالثلث يكون بعضه في العبد وهو سدس ما بقي من العبد وهو عشر العبد
والبعض في الدراهم وهو خمس الاثنين فيضرب الموصى له بجميع العبد بخمسة اسداسه والموصى له بالثلث يضرب
بسدس العبد وخمس الاثنين على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية
بثلثه لان الوصية بثلث المسال تناولت العبد لكونه مالا فاجتمعت في العبد وصيتان فسلم للموصى له بجميع العبد ثلثاه
بلا منازعة والثالث ينازعه فيه الموصى له بالثالث فيكون على الحساب من ثلاثة لاجتنابنا الى الثالث وأقل حساب يخرج

منه الثلث ثلاثة قسمان خليا عن منازعة الموصى له بالثلث فسلم ذلك للموصى له بالجميع بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهم فيه فيكون بينهما فينكسر فنضرب اثنين في ثلاثة فيكون ستة فثلثا الستة وهو أربع أسهم للموصى له بالجميع لانه لا ينازعه فيه أحد وثلتها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث واستوت منازعتهم فيه فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم وإذا صار العبد وقيمه الف على ستة يصير كل الف من الدراهم على ستة فصار الالفان على اثني عشر للموصى له بالثلث منهما أربع أسهم فصار له خمسة أسهم أربع أسهم من الدراهم وسهم من العبد والموصى له بالجميع خمسة أسهم كلها في العبد لانه لا وصية له في الدراهم فصارت وصيتهما جميعا عشرة أسهم فاجعل ثلث المال على عشرة أسهم فالثلثان عشرون سهما فالكل ثلاثون سهما والعبد ثلث المال لان قيمته الف درهم فصار العبد على عشرة أسهم والالفان على عشرين سهما فادفع وصيتهما من العبد فوصية الموصى له بالجميع خمسة وهو نصف العبيد وصية الموصى له بالثلث سهم وذلك خمس ما بقي من العبد وادفع وصية الموصى له بالثلث من الدراهم وذلك عشرين سهما أربع أسهم وهو خمس الالفين على ما ذكره في الاصل فبقي من العبد أربع أسهم لا وصية فيها فادفع الى الورثة فيكمل لهم الثلثان لان الموصى له بالثلث قد أخذ من الالفين أربع أسهم وذلك أربع أسهم وحصل للموصى له بالعبد خمسة أسهم من العبد وذلك نصفه وحصل للموصى له بالثلث أربع أسهم وذلك خمسها لا نجعلنا الالفين على عشرين سهما وأربع من عشرين خمسا وحصل له من العبد سهم وذلك خمس العبد وحصل للورثة عشرين سهما وهي الثلثان ستة عشر سهما وذلك أربع أسهم من العبد وذلك خمسها هذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فيقسم على طريق العول والمضاربة فصاحب العبد يضرب بجميع ثلثه وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم فيحتاج الى حساب له ثلث وأقله ثلاثة فصاحب العبد يضرب بالجميع وذلك ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث وذلك سهم فصار العبد على أربع أسهم وإذا صار العبد على أربع أسهم مع العول صار كل ألف على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في الالف فصارت الالفان على ستة أسهم فالموصى له بالثلث ثلثها وذلك سهمان فتبين ان وصيتهما ستة أسهم وصية صاحب العبد ثلاثة كلها في العبد ووصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان في الدراهم وسهم في العبد فاجعل ذلك ثلث المال واجعل العبد ثلث المال واجعل العبد على ستة أسهم وادفع اليهما وصيتهما من العبد لصاحب العبد ثلاثة أسهم ولصاحب الثلث سهم بقي سهمان فاضلان لا وصية فيهما فادفع ذلك الى الورثة حتى يكمل لهم الثلثان لان صاحب الثلث قد أخذ سهمين من الدراهم وانتقص نصيب الورثة من الدراهم فادفع سهمين من العبد اليهم حتى يكمل لهم الثلثان وقد جعل ثلث المال وهو العبد على ستة أسهم فالثلثان يكونان اثني عشر فادفع وصية صاحب الثلث من ذلك سهمين ثم ضم السهمين من العبد الذي لا وصية فيهما الى عشرة أسهم حتى يكمل لهم الثلثان فحصل للورثة عشرة أسهم من الدراهم وسهمان من العبد والموصى له بالعبد ثلاثة أسهم وذلك نصف العبد كله في العبد والموصى له بالثلث سهم في العبد وذلك سدس العبد وسدس الالفين وهما سهمان من اثني عشر والله تعالى أعلم ولو كان له عبدان قيمتهما واحدة لا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولا آخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم وهذه المسئلة مبنية على مسألتين احدهما ان الثلث يقسم بينهما على طريقة المنازعة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما على طريق العول والثانية ان المذهب عند أبي حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث الا في مواضع الاستثناء على ما بينا اذا عرفت هذا فنقول القسمة في هذه المسئلة على طريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه والثلثان يسلمان لصاحب الجميع بلا منازعة لانه لا ينازعه فيه صاحب الثلث وذلك سهمان من ثلاثة والثلث وهو سهم استوت منازعتهم فيه فيقسم بينهما الكل واحد منهما نصف سهم فانكسر فنضرب اثنين في ثلاثة فيصير ستة قلنا الستة تسلم لصاحب الجميع بلا منازعة وهو أربع أسهم بالثلث وهو سهمان استوت

منازعتها فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فلما صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبد الآخر على ستة للموصي له بالثلث منهما سهمان فصار وصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان في العبد الذي لا وصية فيه وسهم في العبد الذي فيه وصية ووصية صاحب العبد خمسة أسهم وذلك أكثر من ثلث المال لأن جميع المال اثنا عشر فثلثها أربعة والمذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب له إلا بالثلث فنطرح من وصيته سهمًا فتصير وصيته أربعة أسهم ووصية الآخر ثلاثة أسهم وذلك سبعة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاً وذلك أربعة عشر وجميع المال أحد وعشرون وماله عبدان فتبين أن كل عبد على عشرة ونصف لأن كل عبد مقدار نصف المال فيدفع من العبد الموصي به وصيتهما فيه ويدفع إليهما بوصية صاحب الجميع أربعة أسهم في العبد فيدفع ذلك إليه ووصية صاحب العبد سهم واحد في العبد فيدفع ذلك إليه فبقي من العبد خمسة أسهم ونصف فادفع ذلك إلى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى ويؤخذ من العبد الذي لا وصية فيه سهمان ويدفع إلى الموصي له بالثلث فيبقى من هذا العبد ثمانية ونصف يدفع إلى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى فصارت كلها سبعة أسهم وهي ثلث المال فحصل للموصي له بالعبد منها خمسة أسهم وللموصي له بالثلث سهمان وحصل للورثة من العبد الموصي به خمسة ونصف ومن العبد الذي لا وصية فيه ثمانية ونصف فذلك أربعة عشر وهي ثلث المال فاستقام الحساب على الثلث والثلثين وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيقسم على طريق العول فنقول اجتمع في العبد وصيتان وصية بجمعيه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع وذلك ثلاثة أسهم وصاحب الثلث يضرب بثلثه وهو سهم فصار العبد على أربعة أسهم وهو معنى العول فلما صار هذا العبد على أربعة بالعول يجعل العبد الآخر على ثلاثة بغير عول لأنه لا حاجة إلى العول في ذلك العبد فسهم من ذلك العبد للموصي له بالثلث فصارت وصية صاحب الثلث سهمين سهم من العبد الذي فيه الوصية وسهم من العبد الذي لا وصية فيه ووصية صاحب العبد ثلاثة أسهم فذلك خمسة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاً وذلك عشرة وجميع خمسة عشر وماله عبدان فيصير كل عبد على سبعة ونصف فيدفع وصية صاحب العبد من العبد إليه وذلك ثلاثة ووصية صاحب الثلث إليه وذلك سهم يبقى من هذا العبد ثلاثة ونصف فيدفع ذلك إلى الورثة ويدفع من العبد الآخر سهم إلى الموصي له بالثلث يبقى ستة أسهم ونصف من العبد الذي فيه الوصية وستة أسهم ونصف من العبد الآخر فاستقامت القسمة على الثلث والثلثين والله تعالى أعلم

فصل وأما صفة هذا العقد فله صفتان أحدهما قبل الوجود والآخرى بعد الوجود أما التي هي قبل الوجود فهي أن الوصية بالفرائض والواجبات واجبة وبما وراءها جائزة ومندوب إليها ومستحبة في بعض الأحوال وعند بعض الناس الكل واجب وقد بينا ذلك كله في صدر الكتاب وأما التي هي بعد الوجود فهي أن هذا العقد غير لازم في حق الموصي حتى يملك الرجوع عند ما دام حياً لأن الوجود قبل موته مجرد إيجاب وأنه محتمل الرجوع في عقد المعاوضة فهي بالتبرع أولى كما في الهبة والصدقة إلا التدبير المطلق خاصة فإنه لا يلزم لا يحتمل الرجوع أصلاً وإن كان وصية لأنه إيجاب يضاف إلى الموت ولهذا يعتبر من الثلث لأنه سبب لثبوت العتق والعتق لازم وكذا سببه لأنه سبب حكم لازم وكذا التدبير المقيّد لا يحتمل الرجوع نصاً ولكنه يحتمله دلالة بالتعليك من غيره لأن العتق فيه تعلق بموت موصوف بصفة وقد لا توجد تلك الصفة فلم يستحكم السبب ثم الرجوع قد يكون نصاً وقد يكون دلالة وقد يكون ضرورة أما النص فهو أن يقول الموصي رجعت أما الدلالة فقد تكون فعلاً وقد تكون قولاً وهو أن يفعل في الموصي به فعلاً يستبدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع وبيان هذه الجملة إذا فعل في الموصي به فعلاً لو فعله في المنصوب لا يقطع به ملك المالك كان رجوعاً كما إذا وصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصاً أو قباءاً أو يقطن ثم غزله أو لم يغزله ثم نسجه أو محدّدة ثم صنع منها ثياباً أو سيفاً أو سكيناً أو بنقصة ثم صاغ منها حلياً ونحو ذلك لأن هذه الأفعال لما

أوجبت بطلان حكم ثابت في المحل وهو الملك فلا نوجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلاً أولى ثم وجه الدلالة منها على التفصيل ان كل واحد منها تبدل العين وتصيرها شيئاً آخر معنى واسماً فكان استهلاكها من حيث المعنى فكان دليل الرجوع فصار كالمشترى بشرط الخيار اذا فعل في المبيع فعلا يدل على ابطال الخيار يبطل خياره والا صل في اعتبار الدلالة اشارة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله للمخيرة ان وطئت زوجك فلا خيار لك ولو أوصى بتميم ثم نقضه فحمله قضاء فهو رجوع لان الخيار في ثوب غير متقوض دليل الرجوع فمع النقض أولى وان نقضه ولم يخطئه لم يذكر في الكتاب واختلف المشايخ فيه والا شهر انه ليس برجوع لان العين بعد النقض قاعة تصلح لما كانت تصلح له قبل النقض ولو باع الموصى به أو أعتقه أو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه كان رجوعاً لان هذه التصرفات وقعت صحيحة لمصادقته ملك نفسه فأوجبت زوال الملك فلو بنيت الوصية مع وجودها لتعينت في غير ملكه ولا سبيل اليه ولو باع الموصى به ثم اشتراه أو وهبه وسلم ورجع في الهبة لا تعود الوصية لانها قد بطلت بالبيع والهبة مع التسليم لزوال الملك والعائد ملك جديد غير موصى به فلا تصير موصى به لان بوصية جديدة ولو أوصى بعبد فغصبه رجل ثم رده بعينه فالوصية على حالها لان الغصب ليس فعل الموصى والموصى به على حاله فبقيت الوصية الا اذا استهلكه الغاصب أو هلك في يده فتبطل الوصية لبطلان محل الوصية وكذا لو أوصى بعبد ثم رده أو كاتبه أو باع نفسه منه كان رجوعاً لان التذبير اعتاق من وجه أو مباشرة سبب لازم لا يحتمل الفسخ والنقض وكل ذلك دليل الرجوع والمكاتبة معاوضة الا أن العوض متأخر الى وقت أداء البدل فكان دليل الرجوع كالبيع وبيع نفس العبد منه اعتاق فكان رجوعاً ولو أوصى بعبد لا نسا ن ثم أوصى أن يباع من انسان آخر لم يكن رجوعاً وكانت الوصية لهما جميعاً لانه لا تنافي بين الوصيتين لان كل واحدة منهما عليك الا أن احدهما عليك بغير بدل والاخرى عليك ببذل فيكون العبد بينهما نصفه للموصى له به ونصفه يباع للموصى له بالبيع ولو أوصى أن يعتق عبده ثم أوصى بمذلل أن يباع من فلان أو أوصى أولاً بالبيع ثم أوصى بالاعتاق كان رجوعاً لما بين الوصيتين من التنافي اذ لا يمكن الجمع بين الاعتاق والبيع فكان الاقدام على الثانية دليل الرجوع عن الاولى وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل انه اذا أوصى بوصيتين متنافيتين كانت الثانية مبطله للاولى وهو معنى الرجوع وان كانتا غير متنافيتين فقد تاجعاً ولو أوصى بشاة ثم ذبحها كان رجوعاً لان الملك في باب الوصية يثبت عند الموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى وقت الموت عادة بلفسد فكان الذبح دليل الرجوع ولو أوصى بثوب ثم غسله أو بدار ثم حصصها أو هدمها لم يكن شئ من ذلك رجوعاً لان الغسل ازالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفاً في الموصى به وتخصيص الدار ليس تصرفاً في الدار بل في البناء لان الدار اسم للعروة والبناء بمنزلة الصفة فيكون تبعاً للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الاصل ونقض البناء تصرف في البناء والبناء صفة وانها تابعة ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبد أبعينه ثم رجع العبد الى الموصى بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث فالوصية لا تبطل ويجب تنفيذها لان الوصية ما وقعت بثمن العبد بل بعين العبد وهو مقصود الموصى وانما ذكر الشراء للتوسل به الى ملكه وقدم ملكه فتنفذ فيه الوصية ولو أوصى بشئ لا نسا ن ثم أوصى به لا آخر فجملة الكلام فيه انه اذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الاولى والموصى له الثاني محل قابل للوصية كان رجوعاً وكان اشراك في الوصية وبيان هذه الجملة اذا قال أوصيت بثلاث مالى لفلان ثم قال أوصيت بثلاث مالى لفلان آخر ممن تجوز له الوصية فالثالث بينهما نصفان وكذا لو قال أوصيت بهذا العبد لفلان وهو يخرج من الثلث ثم قال أوصيت به لفلان آخر ممن تجوز له الوصية كان العبد بينهما نصفين ولو قال أوصيت بثلاث مالى لفلان أو بعبدى هذا لفلان ثم قال الذى أوصيت به لفلان أو العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً عن الاولى وامضاء للثانية وانما كان كذلك لان الاصل في الوصية بشئ لا نسا ن ثم الوصية به لا آخر هو الاشراك لان فيه عملاً بالوصيتين بقدر الامكان والا صل في تصرف العاقل صوابته عن الا بطل ما مكن وفي الحمل على الرجوع ابطال احدى الوصيتين من كل وجه وفي الحمل على

الاشراك عمل بكل واحد منهما من وجه فيحمل عليه ما أمكن وعند الاعادة وكون الثاني محلاً للوصية لا يمكن الحمل على الاشراك لانه لما أعاد علم انه أراد نقل تلك الوصية من الاول الى الثاني ولا ينتقل الا بالرجوع فكان ذلك منه رجوعاً هذا اذا قال الوصية التي أوصيت بها فلان فهي لفلان وكذا اذا قال الوصية التي أوصيت بها فلان قد أوصيتها فلان أو فقد أوصيتها فلان فاما اذا قال وقد أوصيت بها فلان فهذا يكون اشراكاً لان الواو للشركة وللاجتماع ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهي باطلة فهذا رجوع لانه نص على ابطال الوصية الاولى وهو من أهل الابطال والحمل قابل للبطلان فتبطل وهو معنى الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهي حرام أو هي ربالا يكون رجوعاً لان الحرمة لا تنافي الوصية فلم يكن دليل الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهي لفلان وارثي كان هذا رجوعاً عن وصيته لفلان ووصيته للوارث فيقف على اجازة الورثة لانه نقل الوصية الاولى بعينها الى من يصح النقل اليه لان الوصية للوارث صحيحة بدليل انها تقف على اجازة بقية الورثة والباطل لا يحتمل التوقف واذا انتقلت اليه لم يبق للاول ضرورة وهذا معنى الرجوع ثم ان اجازت بقية الورثة الوصية لهذا الوارث نفذت وصار الموصى به للموصى له وان ردوا بطلت ولم يكن للموصى له الاول لصحة الرجوع لانتقال الوصية منه وصار ميراثاً للورثة الموصى كما لو رجع صريحاً ولو قال الوصية التي أوصيت بها فلان فهي لعمر وبن فلان وعمر وحي يوم قال الموصى هذه المقالة كان رجوعاً عن وصيته لان الوصية لعمر وقعت صحيحة لانه كان حياً وقت كلام الوصية فيصح النقل اليه فصح الرجوع ولو كان عمر وميتاً يوم كلام الوصية لم تصح الوصية لان الميت ليس بمحل للوصية فلم يصح ايجاب الوصية له فلم يثبت ما في ضمنه وهو الرجوع ولو كان عمر وحيّاً يوم الوصية حتى صحت ثم مات عمر وقبل موت الموصى بطلت الوصية لان نفاذها عند موت الموصى وتعذر تنفيذها عند موته لكون الموصى له ميتاً فكان المال كله للورثة ولو قال الثلث الذي أوصيت به فلان فهو لعقب عمر وفاذا عمر وحي ولكنه مات قبل موت الموصى فالثلث له عقبه وكان رجوعاً عن وصية فلان لان قوله لعقب عمر وقع صحيحاً اذا كان لعمر وعقب يوم موت الموصى لان عقب الرجل من يعقبه بعد موته وهو ولده فله مات عمر وقبل موت الموصى فقد صار ولده عقباً له يوم نفاذ الايجاب وهو يوم موت الموصى فصحت الوصية كما لو أوصى بثلث ماله لولد فلان ولا ولده يومئذ ثم ولده ولد ثم مات الموصى ان الثلث يكون له كذا ههنا ثم اذا صح ايجاب الثلث له بطل حق الاول لما قلنا فان مات عقب عمر وبعده موت عمر وقبل موت الموصى رجع الثلث الى الورثة لان الايجاب لهم قد صح لكونهم عقباً لعمر وفثبت الرجوع عن الاول ثم بطل استحقاقهم بموتهم قبل موت الموصى فلا يبطل الرجوع ولو مات الموصى في حياة عمر وقال الثلث للموصى له لان الموصى قد مات ولم يثبت للموصى لهم اسم العقب بعد فبطل الايجاب لهم أصلاً فبطل ما كان ثبت في ضمنه وهو الرجوع عن الوصية الاولى ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الاصل انه يكون رجوعاً ولم يذكر خلافاً قال المعلى عن أبي يوسف في نوادره قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية قال هذا رجوع منه وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية قال وسألت محمداً عن ذلك فقال لا يكون الجحد رجوعاً وذكر في الجامع اذا أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك اشهدوا اني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا رجوعاً منه عن وصية فلان ولم يذكر خلافاً فيجوز أن يكون ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف وما ذكر في الجامع قول محمد ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان (وجهه) ما ذكر في الجامع أن الرجوع عن الوصية يستدعي سابقة وجود الوصية والجحد انكار وجودها أصلاً فلا يتحقق فيه معنى الرجوع فلا يمكن أن يجعل رجوعاً ولهذا لم يكن جحد النكاح طلاقاً ولا انكار الوصية بعد وجودها يكون كذباً محضاً فكان باطلاً لا يتعلق به حكم كالاقرار بالكذب حتى لو أقر بجارية لا نسان كاذباً والمقر له يعلم ذلك لا يثبت الملك حتى لا يحمل وطؤها وكذا سائر الاقرار بالكاذبة انها باطلة في الحقيقة كذا الانكار بالكاذب

(وجهه) ما ذكر في الاصل ان معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وابطالها وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالالعقد السابق و بثبوت حكمه والرجوع في معناه لان الجاهد لتصرف من التصرفات غير راض به و بثبوت حكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فحصل معنى الرجوع و روى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقبل له انك ستبرأ فآخر الوصية فقال آخرتها فهذا ليس برجوع ولو قيل له اتركها فقال قدرتها فمذا رجوع لان الرجوع عن الوصية هو ابطال الوصية والتأخير لا ينبي عن الابطال والترك ينبي عنه ألا يرى انه لو قال أخرت الدين كان تأجيله لا ابطالا ولو قال تركته كان ابراء روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل أوصى بثلاث ماله لرجل مسمى وأخبر الموصى أن ثلث ماله ألف أو قال هو هذا فاذا ثلث ماله أكثر من ألف فان أبا حنيفة رحمه الله قال ان له الثلث من جميع ماله والتسمية التي سمي باطله لا ينقض الوصية خطؤه في ماله انما غلط في الحساب ولا يكون رجوعا في الوصية (وهذا) قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه لما أوصى بثلاث ماله فقد أتى بوصية صحيحة لان حصة الوصية لا تنقف على بيان مقدار الموصى به ف وقعت الوصية صحيحة بدونه ثم بين المقدار وغلط فيه والغلط في قدر الموصى به لا يتدح في أصل الوصية فبقيت الوصية متعلقة بثلاث جميع المال ولانه يحتمل ان يكون هذا رجوعا عن الزيادة على القدر المذكور و يحتمل أن يكون غلطا فوقع الشك في بطلان الوصية فلا تبطل مع الشك على الأصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك ولو قال أوصيت بغنمي كلها وهي مائة شاة فاذا هي أكثر من مائة وهي تخرج من الثلث فالوصية جائزة في جميعها الماذكر نانه أوصى بجميع غنمه ثم غلط في العدد قال ولو قال أوصيت له بغنمي وهي هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا في القياس مثل ذلك ولكني أدع القياس في هذا وأجعل له الغنم التي تسمى من الثلث لانه جمع بين التسمية والاشارة وكل واحد منهما للتعين غير ان هذه الاشارة أقوى لانها تحصر العين وتقطع الشركة فتعلقت الوصية بالمشار اليه فلا يستحق الموصى له غيره بخلاف ما اذا قال أوصيت له بثلاث مالى وهو هذا وله مال آخر غيره انه يستحق ثلث جميع المال لان الاشارة هناك لم تصح لانه قال ثلث مالى والثلث اسم للشائع والمعين غير الشائع فلغت الاشارة فتعلقت الوصية بالمسمى وهو ثلث المال وههنا صحت وصية الاشارة وهي أقوى من التسمية فتعلقت الوصية بالمشار اليه ولو قال قد أوصيت لفلان برقيق وهم ثلاثة فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم في الثلث لانه أوصى برقيقه كلهم لكنه غلط في عددهم والغلط في العدد لا يمنع استحقاق الكل بالوصية العامة ولو أوصى بثلاث ماله لبني عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا بنوه خمسة كان الثلث كله لهم لانه جعل الثلث لبني عمرو بن حماد ثم وصف بنيه وهم خمسة بانهم سبعة غلطا فيلغو الغلط ويلحق بالعدم كانه لم يتكلم به لانه لما قال وهم سبعة ولم يكونوا الا خمسة فقد أوصى لخمس موجدون ولعبد مدين ومتى جمع بين موجود ومعدوم وأوصى لهما يلغوز كرم المعدوم وتكون الوصية للموجود كما لو قال أوصيت بثلاث مالى لعمرو وخالد ابني فلان فاذا أحدهما ميت ان الثلث كله للحى منهما كذا هذا وكذلك لو قال لبني فلان وهم خمسة فاذا هم ثلاثة أو قال وهم سبعة فاذا هم ثلاثة أو اثنان لما قلنا ولو قال أوصيت بثلاث مالى لبني فلان وله ثلاث بنين أو ابنان كان جميع الثلث لهم لان الثلاث يقال لهم بنون والاثنان في هذا الباب ملحق بالجميع لان الوصية أخت الميراث وهناك الحق الاثنان بالثلاث في حق استحقاق الثلثين كذا هذا ولو كان لفلان ابن واحد استحق نصف الثلث لانه جعل الثلث للبنين والواحد لا ينطلق عليه اسم البنين لغة ولا له حكم الجاعة في باب الوصية والميراث فلا يستحق الكل وانما صرف اليه نصف الثلث لان أقل من يستحق كمال الثلث في هذا الباب اثنان ولو كان معه آخر لصرف اليهما كمال الثلث فاذا كان وحده يصرف اليه نصف الثلث ولو قال قد أوصيت بثلاث مالى لابني فلان عمرو وحماد فاذا ليس له الا عمرو وكان جميع الثلث له لانه جعل عمرو وحماد ابدين عن قوله ابني فلان كما يقال جاءني أخوك عمرو والبديل عند أهل النحو هو الاعراض عن قوله الاول والاخذ بالثاني فكان المعبر هو الثاني والا اول يلغو كما اذا قلت جاءني أخوك زيد يصير كأنك قلت جاءني زيد واعتمدت عليه وأعرضت

عن قولك أخوك الى هذا ذهب الائمة من النحويين وهذا قول سيبويه واذا كان كذلك صار الموصى معتمدا على قوله عمرو وحماة معرضا عن قوله ابني فلان فصاركأه قال أوصيت بثلاث مالى لعمرو وحماة وحماة ليس بموجود ولو كان كذلك لصرف كل الثلث الى عمرو وكذا ههنا والاشكال على هذا ان قوله عمرو وحماة كما يصلح ان يكون بدلا عن قوله ابني فلان يصلح أن يكون عطف بيان والمعتبر في عطف البيان المذكور أولا والثاني يذكر لازالة الجهالة عن الاول كما في قول القائل جاءني أخوك زيد اذا كان في اخوته كثرة كان زيد مذكورا بطريق عطف البيان لازالة الجهالة المتمكنة في قوله أخوك لكثرة الاخوة بمنزلة النعت واذا كان المعتبر هو المذكور أولا وهو قوله ابني فلان فاذا لم يكن لفلان الابن واحد وهو عمرو فينبغي أن لا يكون له الا نصف الثلث والجواب نعم هذا الكلام يصلح لهما جميعا لكن الحمل على ما قلنا أولى لان فيه تصحيح جميع تصرفه وهو تملكه جميع الثلث وانه أوصى بتمليك جميع الثلث وفي الحمل على عطف البيان اثبات تملك النصف فكان ما قلناه أولى على ان من شرط عطف البيان ان يكون الثاني معلوما كما في قول القائل جاءني أخوك زيد كان زيد معلوما فزال به وصف الجهالة المعترضة في قوله أخوك بسبب كثرة الاخوة وفي مسئلتنا الثاني غير معلوم لان اسم حماد ليس له مسمى موجود له ليكون معلوما فيحصل به ازالة الجهالة فتعذر حمله على عطف البيان فيجعل بدلا للضرورة (ولو) قال أوصيت لبني فلان وهم خمسة ولفلان ابن فلان بثلاث مالى فاذا بنو فلان ثلاثة فان لبني فلان ثلاثة أربع الثلث ولفلان ابن فلان ربع الثلث لما ذكرنا ان قوله وهم خمسة لغو اذا كانوا ثلاثة فبقى قوله أوصيت بثلاث مالى لبني فلان ولفلان ابن فلان فيكون الثلث بينهم أربع ابا الحصول الوصية لأربعة فيكون بينهم أربع ابا لا استواء كل سهم فيها (ولو) قال قد أوصيت لبني فلان وهم ثلاثة بثلاث مالى فاذا بنو فلان خمسة فالثلث لثلاثة منهم لان قوله لبني فلان اسم عام وقوله وهم ثلاثة تخصيص أى أوصيت لثلاثة من بني فلان فصيح الا يصاء لثلاثة منهم غير معينين وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لانها محصورة مستدركة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لان تنفيذها ممكن كما لو أوصى لاولاد فلان وكما لو أوصى بثلاث ماله وهو مجهول لا يدري كم يكون عند موت الموصى بخلاف ما اذا أوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح لان تلك الجهالة غير مستدركة وكذا لو أوصى لقبيلة لا يحصون لانه لا يمكن حصرها والخيار في تعيين الثلاثة من بنيه الى ورثة الموصى لانهم قائمون مقامه والبيان كان اليه لانه هو المبهم فلم يأت عجز عن البيان بنفسه فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما اذا أوصى لمواليه حيث لم تصح ولم تقم الورثة مقامه لان هناك تخلف المقصود من الوصية ولا يقف على مقصود الموصى انه أراد به زيادة في الانعام أو الشكر أو مجازاة أحد من الورثة فلا يمكنهم التعيين وههنا الامر بخلافه واستشهد محمد رحمه الله لصحة هذه الوصية فقال ألا يرى ان رجلا لو قال أوصيت بثلاث مالى لبني فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان فاذا بنو فلان غير الذين سماهم ان الوصية جائزة لمن سمي لانه خص البعض فكذا ههنا أوضح محمد رحمه الله تعالى جواز تخصيص ثلاثة مجهولين بعلمه لجواز تخصيص ثلاثة معينين وانه ايضاح صحيح ولو قال قد أوصيت بثلاث مالى لبني فلان وهم ثلاثة ولفلان ابن فلان فاذا بنو فلان خمسة فلفلان ابن فلان ربع الثلث لان قوله وهم ثلاثة صحيح لما ذكرنا انه تخصيص العام فصار موصيا بثلاث ماله لثلاثة من بني فلان ولفلان بن فلان فكان فلان رابعهم فكان له ربع الثلث وثلاثة أربع ابا لثلاثة من بني فلان ولو أوصى لرجل بمائة ورجل آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة تقتضى التساوى وقد أضافها اليهما فيقتضى ان يستوى كل واحد منهما ولا يتحقق المساواة الا بأن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده فيكون لكل واحد ثلثا المائة فتحصل المساواة وان أوصى لرجل بار بمائة ولا آخر بمائتين ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما لان تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن في هذه الصورة لا اختلاف الا نصيبا فيتحقق التساوى على سبيل الافراد تحقيقا فيقتضى الشركة بقدر الامكان (وكذا) لو أوصى لاثنتين لكل واحد جارية ثم أشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما لما ذكرنا

ان اثبات الاستواء على سبيل الاجتماع غير ممكن (ولو قال) سدس مالى لفلان ثم قال في ذلك المجلس أوفى مجلس آخر
ثلث مالى لفلان فاجازت الورثة فله ثلث المال لان الموصى أثبت الثلث فثبت وهو يتضمن السدس فثبت المتضمن
به بثبوت المتضمن فيصير كأنه أعاد الاول زيادة ولو قال سدس مالى لفلان وصية سدس مالى لفلان فانما هو سدس
واحد لان الاصل ان المعرفة اذا كررت كان المراد بالثاني هو الاول والسدس ههنا ذكر معرفة لا ضافته الى المال
المعروف بالاضافة الى ضمير المتكلم والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بخاتم لفلان وبفضه لفلان آخر
وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كانت الوصيتان في كلام واحد متصل واما ان كانتا في كلام منفصل فان
كانتا في كلام منفصل فالحلقة للموصى له بالخاتم والقص للموصى له بالقص بخلاف وان كانتا في كلام منفصل
فكذلك في قول أبي يوسف وقيل انه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً وقال محمد رحمه الله تعالى الحلقة للموصى
له بالخاتم والقص بينهما (وجه) قوله ان الوصية بالخاتم تتناول الحلقة والقص وبالصيغة لا آخر بالقص لم يبين ان القص
لم يدخل واذا كان كذلك بقي القص داخل في الوصية بالخاتم واذا أوصى بالقص لا آخر فقد اجتمع في القص وصيتان
فيشتركان فيه ويسلم الحلقة للاول ولا في يوسف رحمه الله تعالى ان اسم الخاتم يتناول القص الذي فيه اما بطريق
التضمن لانه جزء من أجزاء الخاتم بمنزلة اسم الانسان انه يتناول جميع أجزائه بطريق التضمن واما بطريق التبعية
لكن عند الاطلاق فاذا أفرد البعض بالوصية لا آخر تبين انه لم يتناول حيث جعله منصوباً عليه أو مقصوداً بالوصية
فبطلت التبعية لان الثابت نصافوق الثابت ضمنا وتبعاً والاصل في الوصايا ان يقدم الاقوى فالاقوى وصار هذا كما
اذا أوصى بعبده لانسان وبخدمته لا آخر ان الرقبة تكون للموصى له الاول والخدمة للموصى له الثاني لما قلنا كذا
هذا وبهذا تبين ان هذا ليس نظير اللفظ العام اذا ورد عليه التخصيص لان اللفظ العام يتناول كل فرد من أفراد
العموم بحر وفه فيصير كل فرد من أفراد منصوصاً عليه وههنا كل جزء من أجزاء الخاتم لا يصير منصوصاً
عليه بذكر الخاتم ألا يرى ان كل جزء من أجزاء الخاتم لا يسمى خاتماً كما لا يسمى كل جزء من أجزاء الانسان انساناً فلم
يكن هذا نظير اللفظ العام فلا يستقيم قياسه عليه مع ما ان المذهب الصحيح في العام انه يحتمل التخصيص بدليل
متصل ومنفصل والبيان المتأخر لا يكون نسخاً لا محالة بل قد يكون نسخاً وقد يكون تخصيصاً على ما عرف في أصول
الفقه على ان الوصية بالخاتم وان تناولت الحلقة والقص لكنه لما أوصى بالقص لا آخر فقد رجع عن وصيته بالقص
للاول والوصية عقد غير لازم مادام الموصى حياً فتحتمل الرجوع ألا يرى انه يحتمل الرجوع عن كل ما أوصى به ففي
البعض أولى فيجعل رجوعاً في الوصية بالقص للموصى له بالخاتم وعلى هذا اذا أوصى بهذه الامة لفلان وبما في بطنها
لا آخر أو وصى بهذه الدار لفلان وبنائها لا آخر أو وصى بهذه القوصرة لفلان وبالتمر الذي فيها لا آخر انه ان كان
موصولاً كان لكل واحد منهما ما أوصى له به بالاجماع وان كان مفصولاً فعلي الاختلاف الذي ذكرنا ولو أوصى بهذا
العبد لفلان وبخدمته لفلان آخر أو وصى بهذه الدار لفلان وبسكنائها لا آخر أو بهذه الشجرة لفلان وبثمراتها لا آخر
أو بهذه الشاة لفلان وبصوفها لا آخر فلكل واحد منهما ما سمي له بخلاف سواء كان موصولاً أو مفصولاً لان اسم
العبد لا يتناول الخدمة واسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجرة لا يتناول الثمرة لا بطريق العموم ولا بطريق
التضمن لان هذه الاشياء ليست من أجزاء العين الا ان الحكم متى ثبت في العين ثبت فيها بطريق التبعية لكن اذا
لم يفرد التبعية بالوصية فاذا أفردت صارت مقصودة بالوصية فلم تبق تابعة فيكون لكل واحد منهما ما أوصى له به أو
تجعل الوصية الثابتة رجوعاً عن الوصية بالخدمة والسكنى والثمره والوصية تقبل الرجوع وهذه المسائل حجة أبي
يوسف في المسئلة الاولى ولو ابتدأ بالتبعية في هذه المسائل ثم بالاصل بان أوصى بخدمه العبد لفلان ثم بالعبد لا آخر
أو أوصى بسكنى هذه الدار لانسان ثم بالدار لا آخر أو بالثمره لانسان ثم بالشجرة لا آخر فاذا ذكر موصولاً فلكل
واحد منهما ما أوصى له به وان ذكر مفصولاً فالاصل للموصى له بالاصل والتبعية بينهما نصفان لان الوصية الثابتة

تناولت الاصل والتبع جميعاً فقد اجتمع في التبع وصيتان فيشتركان فيه ويسلم الاصل لصاحب الاصل وهذا حجة
 محمد رحمه الله تعالى في المسئلة المنقذة ولو اوصى بعده لا نسان ثم اوصى بخدمته لا آخر ثم اوصى له بالعبد بعدما اوصى
 له بالخدمة أو اوصى بخاتمه لا نسان ثم اوصى بنفسه لا آخر ثم اوصى له بالخاتم بعدما اوصى له بالقص أو اوصى بحار يته
 لا نسان ثم اوصى بولدها لا آخر ثم اوصى له بالجارية بعدما اوصى له بولدها فلا يصل والتبع بينهما نصفان نصف
 العبد لهذا ونصفه للآخر ولهذا نصف خدمته وللآخر نصف خدمته وكذا في الجارية مع ولدها والخاتم مع القص
 لان الوصية لا حدهما بالاصل وصية بالتبع وببطل حكم الوصية بالتبع باتقاراده وصار كأنه اوصى لكل واحد
 بالاصل والتبع نصا ولو كان كذلك لا شتركا في الاصل والتبع كذا هذا فان كان اوصى للثاني بنصف العبد يقسم
 العبد بينهما أثلاثا وكان للثاني نصف الخدمة لانه لما اوصى له بنصف العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف
 لدخولها تحت الوصية بنصف العبد وبقيت وصيته بالخدمة في النصف الآخر وذكر ابن سماعه ان ابا يوسف رجع
 عن هذا وقال اذا اوصى بالعبد لرجل وأوصى بخدمته لا آخر ثم اوصى برقبة العبد أيضاً لصاحب الخدمة فان العبد
 بينهما والخدمة كله للموصى له بالخدمة لا فراده الوصية بالخدمة فوق حيجا فلا تبطل بالوصية بالرقبة فصار للموصى
 له الثاني موصى له بالرقبة والخدمة على الافراد فيستحق نصف الرقبة لساواته صاحبه في الوصية بها وينفرد بالوصية
 بالخدمة وقال لو اوصى لرجل بامة مخرج من الثلث واوصى لا آخر بما في بطنها وأوصى بها أيضاً للذي اوصى له بما في
 البطن فالامة بينهما نصفان والولد كله للذي اوصى له به خاصة لا يشركه فيه صاحبه لما ذكرنا انهما ساويان في استحقاق
 الرقبة وانفرد صاحب الولد بالوصية به خاصة ولو اوصى بالدار لرجل واوصى ببيت فيها بعينه لا آخر فان البيت بينهما
 بالخصص وكذا لو اوصى بالف درهم بعينها لرجل واوصى بمائة منها لا آخر كان تسعمائة لصاحب الف والمائة
 بينهما نصفان لان اسم الدار يتناول البيوت التي فيها بطريق الاصلة لا بطريق التبعية وكذا اسم الف يتناول كل
 مائة منها بطريق الاصلة وكان كل واحد منهما أصلاً في كونه موصى به فيكون بينهما وهذا لا خلاف فيه وانما
 الخلاف في كيفية القسمة فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على طريق المنازعة وعند أبي يوسف على طريق المضاربة
 فيقسم على احد عشر لصاحب المائة جزء من احد عشر في المائة ولصاحب الف عشرة أجزاء في جميع الف وكذلك
 الدار والبيت ولو اوصى ببيت بعينه لرجل وساحته لا آخر كان البناء بينهما بالخصص لان البيت لا يسمى بيتاً بدون
 البناء فكانت وصية الاول متناولة للبناء بطريق الاصلة فيشارك الموصى له بالساحة بخلاف الوصية بدار لا نسان
 وبنائها لا آخر انهما لا يشتركان في البناء بل تكون العرصة للموصى له بالدار والبناء لا آخر لان اسم الدار لا يتناول البناء
 بطريق الاصلة بل بطريق التبعية اذ الدار اسم للعرصة في اللغة والبناء فيها نابع بدليل انها تسمى داراً بعد زوال البناء
 فكان دخول البناء في الوصية بالدار من طريق التبعية فكانت العرصة للاول والبناء للثاني والله تعالى اعلم (واما)
 الرجوع الثابت من طريق الضرورة فنوعان أحدهما ان يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها كما
 اذا اوصى بسويق ثم لته بالسمن لان الموصى به اتصل بما ليس بموصى به بحيث لا يمكن تسليمه بدون له لتعذر التميز بينهما
 فثبت الرجوع ضرورة وكذا اذا وصى بدار ثم بنى فيها أو اوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه أو اوصى ببطانة ثم
 بطن بها أو بظاهرة ثم ظهر بها لانه لا يمكن تسليم الموصى به الا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه الا بالنقض ولا سبيل
 الى التكليف بالنقض لانه تصرف في ملك نفسه فجعل رجوعاً من طريق الضرورة ويمكن اثبات الرجوع في هذه
 المسائل من طريق الدلالة أيضاً لان اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصى فكان تعدد التسليم مضافاً الى فعله
 وكان رجوعاً منه دلالة والثاني ان يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه سواء كان التغيير الى الزيادة أو الى النقصان
 كما اذا اوصى لا نسان بثمر هذا النخل ثم لم يمت الموصى حتى صار بسراً أو اوصى له بهذا البسر ثم صار رطباً أو
 اوصى بهذا العنب فصار زيباً أو بهذا السنبيل فصار حنطة أو بهذا القصيل فصار شعيراً أو بالحنطة المبذورة في

الأرض فبنت وصارت بطلاً أو بالبيضة فصارت فرخاً أو نحو ذلك ثم مات الموصي بطلت الوصية فيما أوصى به فيثبت الرجوع ضرورة هذا إذا تغير الموصى به قبل موت الموصي لأنه صار شيئاً آخر لزوال معناه واسمه فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به وأما إذا تغير بعد موته فحكمه يذكّر في بيان ما تبطل به إن شاء الله تعالى ولو أوصى برطب هذا النخل فصار بسراً فالقياس أن تبطل الوصية لتغير الموصى به وهو الرطب من الرطوبة إلى البيوضة وزوال اسمه وفي الاستحسان لا تبطل لأن معنى الذات لم يتغير من كل وجه بل بقي من وجه ألا يرى أن غاصباً لو غصب رطب إنسان فصارت غراساً في يده لا ينقطع حق المالك بل يكون له الخيار إن شاء أخذه ثم أو إن شاء ضمنه رطباً مثل رطبه

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الوصية فالوصية في الأصل نوعان وصية بالمال ووصية بفعل متعلق بالمال لا يتحقق بدون المال أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له والمال قد يكون عيناً وقد يكون منفعة ويتعلق بالملك في كل واحد منهما أحكاماً أما ملك العين فحكمه مطلق ملكه وحكم سائر الأعيان المملوكة بالأسباب الموضوعة لها سواء كالبيع والهبة والصدقة ونحوها فيملك الموصى له التصرف فيها بالانتفاع بعينها والتملك من غيره بيعاً وهبة ووصية لأنه ملك بسبب مطلق فيظهر في الأحكام كلها ويظهر في الزوائد المتصلة أو المنفصلة الحادثة بعد موت الموصي سواء حدثت بعد قبول الموصى له أو قبل قبوله بان حدثت ثم قبل الوصية أما بعد القبول فظاهر لأنها حدثت بعد ملك الأصل وملك الأصل موجب ملك الزيادة (وأما) قبل القبول فلان الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت لان الكلام السابق صار سبباً لثبوت الملك في الأصل وقت الموت لكونه مضافاً إلى وقت الموت فصار سبباً عند الموت فاذا قبل ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب في ذلك الوقت كالجارية المباعة بشرط الخيار للمشتري إذا ولدت في مدة الخيار ثم أجاز المشتري البيع أنه يملك الولد لما قلنا كذا هذا وكانت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لان الملك فيها بواسطة ملك الأصل مضاف إلى كلام سابق كانها كانت موجودة في ذلك الوقت وهل يكون موصى بها بعد القبول قبل القسمة لم يذكّر في الأصل واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يكون حتى لا يعتبر فيها الثلث ويكون في جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لأنها حدثت بعد ملك الأصل وقال عامةهم يكون لان ملك الأصل وإن ثبت لكنه لم يتأكد بدليل أنه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة وصارت الجارية بحيث لا يخرج من ثلث المال كانت له الجارية بقدر ثلث الباقي ويستوى فيأخذ كرامة من الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل أو في معنى المتولدة كالولد والأرض والعقرو ما لم يكن متولداً من الأصل رأساً كالكسب والغلة فرقاً بين الوصية وبين البيع حيث الحق الكسب والغلة بالمتولد في الوصية ولم يلحقهما في البيع والفرق أن الكسب والغلة بدل المنفعة والمنفعة تملك بالوصية مقصوداً كذا بدلهما بخلاف البيع ثم إذا صارت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث فإن كانت الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث يعطيان للموصى له وإن كان لا يخرجان جميعاً من الثلث فعند أبي حنيفة رحمه الله يعطى للموصى له الجارية أولاً من الثلث فإن فضل من الثلث شيء يعطى من الزيادة بقدر ما فضل وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يعطى الثلث منهما جميعاً بقدر الحصص (وجهه) قولهما إن الزيادة أن صارت موصى بها صارت كالوجود عند العقد فيعطى الثلث منهما جميعاً أكثر ما في الباب إن فيه تغيير حكم العقد في الأصل بسبب الزيادة لكن هذا جائز كما في الزيادة المتصلة ولا أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة أضرار بالموصى له من غير ضرورة وهذا لا يجوز بيان ذلك أن حكم الوصية في الأصل قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له بل تصير مشتركة والشركة في الأعيان عيب خصوصاً في الجوارى فيتضرر به الموصى له ولا ضرورة إلى إلحاق هذا الضرر لا مكان تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة فإن هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة لعدم إمكان التمييز فست ضرورة إلى التنفيذ فيهما من الثلث وأما الزوائد الحادثة قبل موت الموصى فلا يملكها الموصى له لأنها حدثت قبل

ملك الاصل وقبل انعقاد سبب الملك لان الكلام السابق انما يصير سببا عند الموت فاذا مات الموصي ملكها الورثة والله تعالى أعلم (وأما) ملك المنفعة بالوصية المضافة اليها متصودا فيتعلم بها أحكام مختلفة فنذكرها فنقول والله التوفيق ان الملك في المنفعة ثبت موقتا لا مطلقا فان كانت الوصية مؤقتة الى مدة تنتهي باسماء المددو يعود ملك المنفعة الى الموصي له بالرقبة ان كان قد اوصى بالرقبة الى انسان وان لم يكن يعود الى ورثة الموصي وان كانت مطلقة تثبت الى وقت موت الموصي له بالمنفعة ثم ينتقل الى الموصي له بالرقبة ان كان هناك موصي له بالرقبة وان لم يكن ينتقل الى ورثة الموصي وليس للموصي له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد أو الدار من غيره عند ما وعند الشافعي لذلك (وجه) قوله ان الموصي له بالمنفعة قد ملك المنفعة كالمستأجر له أن يؤجر من غيره كذا هذا ولهذا ملك الا عارة كذا الاجارة (ولنا) ان الثابت للموصي له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض فلا يحتمل التملك بعوض كالمالك الثابت للمستعير بالاجارة حتى لا يملك الاجارة كذا هذا أو يخدم العبد بنفسه ولو أوصى بغلة الدار والعبد فاراد أن يسكن بنفسه أو يستخدم العبد بنفسه هل لذلك لم يذكر في الاصل واختلف المشايخ فيه قال أبو بكر الاسكاف لذلك وقال أبو بكر الاعمش ليس له ذلك وهو الصحيح لانه أوصى له بالغلة لا بالسكنى والخدمة وليس له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون أهل الموصي له في غير الكوفة فله أن يخرجهم الى أهلهم لخدمته هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية بالخدمة تقع على الخدمة المعهودة المتعارفة وهي الخدمة عند أهلهم فكان ذلك مأذونا فيه دلالة لأن لصاحب الرقبة حق الحفظ والصيانة وانما يمكنه اذا كانت الخدمة بحضرته هذا اذا كان العبد يخرج من الثلث فان كان لا يخرج من الثلث فليس له أن يخرجهم الى مصر آخر لانه اذا لم يكن له مال آخر سواه يخدم الموصي له يوما والورثة يومين فيكون كالعبد المشترك فلا يملك اخراجه لما في الاخراج من ابطال حق الورثة وما وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان ذلك مال العبد والعبد في الحقيقة لصاحب الرقبة فكان كسبه له قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لبائعه الا أن يشترطه المبتاع ولو كان مكان العبد أمة فولدت ولد فهو لصاحب الرقبة لانه متولد من الرقبة والرقبة له ولانه أوصى له بخدمة شخص واحد فلا يستحق خدمة شخصين ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة ان كان العبد كبير الا أن منفعته له فكانت النفقة والكسوة عليه اذ اخرج بالضيان ولهذا كانت نفقة العبد المستعار على المستعير كذا هذا بخلاف العبد الرهن ان نفقته على الرهن لا على المرتهن لان منفعته للرهن ألا يرى انه لو هلك يسقط عنه من الدين بقدره وكذا انه ان يفتكه في أي وقت شاء فينتفع به وان كان العبد صغيرا يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة الى أن يدرك الخدمة ويصير من أهلها لانه لا منفعة لصاحب الخدمة للحال ومنفعة النماء والزيادة لصاحب الرقبة فكانت النفقة عليه حتى يبلغ الخدمة فاذا بلغ فنفقته على صاحب الخدمة لان المنفعة تحصل له وعلى هذا اذا أوصى بغلة نخل أو برجل ولا آخر برقبته ولم تدرك أو لم يحمل فالنفقة في سقمها والقيام عليها على صاحب الرقبة فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لانها اذا لم تدرك أو لم تحمل فصاحب الغلة لا ينتفع بها فلا يكون عليه نفقتها وكانت على صاحب الرقبة لا صلاح ملكه الى أن تثمر فاذا أثمرت فقد صارت منتفعا بها في حق صاحب الغلة فكانت عليه نفقتها فان حملت عام واحد أو حملت ولم تحمل شيئا فالقياس أن لا يكون عليه نفقتها في العام الذي حالت فيه لانه لا ينتفع بها فيه وفي الاستحسان عليه نفقتها لان بانعدام حملها عام لا تعد منقطة المنفعة لان من الاشجار ما لا يحمل كل عام ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد تعاونا وعاء وكذا الاشجار لا يخرج الا في بعض فصول السنة ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد تعاونا وعاء حتى كانت نفقتها على الموصي له بالغلة فكذا هذا فان لم ينفق الموصي له بالغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت فانه يستوفي نفقته من ذلك الحمل وما يبقى من الحمل فهو لصاحب الغلة لانه فعل ذلك مضطر الا صلاح ملك نفسه ودفع الفساد عن ماله فلم يكن متبرعا فله أن يرجع فيما حملت لانه انما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته ولو هلكت الغلة قبل أن تصل الى صاحب الغلة ليس له أن يرجع عليه بما أنفق لان هذا ليس بدين واجب

عليه وانم هو شئ يفتى به ولا يقضى ولو جنى العبد جناية فالقضاء على صاحب الخدمة لان منفعة الرقبة له فكان القضاء عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم اخرج بالضمان وصار كعبد الرهن اذا جنى جناية ان القضاء على المرتين لانه هو المنفع به بحسبه في دينه أو يقال ان القضاء على صاحب الرقبة لان الجناية حصلت من الرقبة حقيقة والرقبة له ولكن يقال لصاحب الخدمة ان حقه يفوت لو فدى صاحب الرقبة أو دفع وان أردت أن نحى حتمك فافد وهم كذا يقال للمرتين في العبد الرهن اذا جنى لان الرقبة للرهن فذا فدى صاحب الخدمة فقد طهره عن الجناية فتكون الخدمة على حالها وان أبى ان يفدى يقال لصاحب الرقبة ادفعه أو افده لان الرقبة له وأى شئ اختاره بطل حق صاحب الخدمة في الخدمة أما اذا دفع فلا شئ فيه لانه بطل ملك الموصى له بالخدمة بالدفع فلا يستحق الخدمة على مالك غيره وكذلك اذا أفدى لانه يصير كالمشتري منهم الرقبة فيتجدد الملك و بطل حكم الملك الاول فيه فان مات صاحب الخدمة وفدى فدى قبل ذلك بطلت وصيته لما قلنا ان ملك المنفعة بالوصية بمنزلة ملك المستعير والعارية بطل بموت المستعير لان المعير ملك المنفعة منه لا من غيره كذا ههنا و يقال لصاحب الرقبة أدالى ورثته القضاء الذى فدى لانه تبين ان القضاء كان عليه لا على صاحب الخدمة لانه انما ألزم ذلك على ظن ان كل منفعة الرقبة مصر وف اليه ومتى ظهر انه مصر وف الى غيره ظهر انه على غيره فتبين انه نحمل عن غيره وهو صاحب الرقبة احياء للملكة وهو مضطر فيه فرجع عليه (وليس) لصاحب الرقبة ان ينتفع به ما لم يدفع اليهم ما دفع صاحب الخدمة من القضاء فان أبى صاحب الرقبة دفع ذلك القضاء الى ورثته صاحب الخدمة بيع العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عتقه لان هذا الدين وجب بسبب كان في رقبة فصار كسائر الديون ولو لم يحن العبد ولكن قتله رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل قيمته يشتري بها عبد اخدم صاحب الخدمة لان البديل يقوم مقام المبدل كالعبد الرهن اذا قتل في يد المرتين وغرم القاتل قيمته بكون رهنا مكانه بخلاف العبد المستأجر اذا قتل وغرم القاتل القيمة انه لا يشتري بها عبدا آخر حتى يستعمله المستأجر لان القاتل يغرم القيمة دراهم أو دنانير والدرهم والدنانير لا يجوز استئناف عقد الاجارة عليها فلا يبقى عليها العقد فبطل ويجوز استئناف عقد الوصية على الدراهم والدنانير فجاز ان تبقى عليها فيشتري بها عبدا آخر يقوم مقام الاول (وان) كان القتل عمدا فلا قصاص على القاتل الا ان يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حق يشبه الملك فصار كعبد بين شر يمين قتل عمدا انه لا بنفرد أحدهما باستيفاء القصاص كذا هذا وان اختلفا في ذلك بأن طالب أحدهما القصاص ولم يطلب الآخر سقط القصاص للشبهة وصار مالا فصار بمعنى الخطأ فيشتري به عبدا للخدمة كما لو كان القتل خطأ (ولو) فقتل رجل عبيده أو قطع يده دفع اليه العبد وأخذ قيمته بخمسة فاشترى بها عبدا مكانه لان فقهاء العينين وقطع اليد بمنزلة استهلاكه الا انه مما يصلح خراجا بضمين قيمته ويأخذه خراجا بضمائه ثم يفعل بالقيمة ما وصفنا وهو ان يشتري بها عبد للخدمة (ولو) فقتل عينه أو قطعت يده أو شج موخرة فادى القاتل ارش ذلك فهذا على وجهين اما ان كانت الجناية تنقص الخدمة واما ان كانت لا تنقص فان كانت تنقص فان اتفق الموصى له بالرقبة والموصى له بالخدمة على ان يشتري بالارش عبدا بان كان الارش يبلغ قيمة عبد حتى يخدم الموصى له بالخدمة مع العبد الاول فعلا ذلك وجاز (وان) انفقاعا على ان يباع هذا العبد ويضم ثمنه الى ذلك الارش فاشترى بها عبدا آخر جاز أيضا لان الجناية اذا كانت تنقص الخدمة كان لكل واحد منهما حق في ذلك الارش فكان لهما ان يتفعا على أحد هذين الشئيين (وان) اختلفا ولم يتفعا فلا يباع العبد الموصى به لان لكل واحد منهما حق فلا يباع الا برضاها ويشتري بالارش عبد لخدمتهما حتى يقوم مقام الجزء القاتل فان لم يؤخذ بالارش عبد يوقف ذلك حتى يصطلحا عليه فان اصطلحا على ان يتقسماه نصفين جاز لان الحق لهما واذا اقتسماه جاز ذلك (وان لم) يصطلحا لا يقضى القاضي بشئ ولكن يوقف ذلك المال وان كانت الجناية لا تنقص الخدمة فوصيته على حالها والارش لصاحب الرقبة لان الارش بدل جزء من أجزاء الرقبة فيكون لملك الرقبة (ولو) كان لرجل

ثلاثة أعبد فأوصى برقبة أحدهم لرجل وأوصى بخدمة آخر لرجل آخر ولا مال له غيرهم وقيمة الذي أوصى بخدمته خمسمائة وقيمة الذي أوصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقي ألف درهم فالثالث بينهما على ثلاثة أسهم والاصل ان الوصية بالخدمة تعتبر من الثلث كالوصية بالرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة عن الوارث فيعتبر من الثلث واذا عرف هذا فجميع مال الميت ألف وثمانمائة درهم ثلثها ستمائة وجميع سهام الوصايا ثمانمائة فاذا زادت سهام الوصايا على ثلث المال مائتين وذلك بالنسبة الى سهام الوصايا بما فينقص من وصية كل واحد منها مثل ربعها وينفذ في ثلاثة أرباعها فيكون ثلاثة أرباع وصيتها وثلث المال سواء فأما قيمة العبد الموصى له برقبته فثلثا فينقص منه ربعها وذلك خمسة وسبعون وينفذ الوصية في ثلاثة أرباعها وذلك مائتان وخمسة وعشرون وقيمة العبد الموصى له بخدمته خمسمائة فينقص منه ربعها وذلك مائة وخمسة وعشرون وتنفذ الوصية في ثلاثة أرباعها وذلك ثمانمائة وخمسة وسبعون فيضم الى وصية صاحب الرقبة وذلك مائتان وخمسة وعشرون فيصير ستمائة وذلك ثلث المال وخمسة وسبعون من العبد الموصى برقبته ومائة وخمسة وعشرون من العبد الموصى بخدمته يضم الى العبد الباقي وقيمته ألف درهم فصار ألفا ومائتين وذلك ثلثا للمال فاستقام على الثلث والثلثين (واذا) نفذت الوصية في ثلاثة أرباع العبد الموصى بخدمته يخدم الموصى له ثلاثة أيام والورثة يوما واحدا فان مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان وصية صاحب الخدمة قد بطلت بموته وبقيت وصية صاحب الرقبة وهي تخرج من الثلث فتكون له (وكذلك) ان مات العبد الذي كان يخدمه كان العبد الآخر كله لصاحب الرقبة لان التوزيع والتقسيم انما كان بينهما الثبوت حقهما فاذا ذهب أحدهما ديار كانه أوصى له وحده فيعتبر من الثلث وهو يخرج من الثلث (ولو) كانت قيمة العبد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الآخر لان قيمة العبد خمسمائة وقيمة العبد للذين أوصى بهما ألف درهم قيمة كل واحد خمسمائة فصار ثلث ماله خمسمائة فيقسم الثلث بينهما فصاح من وصية كل واحد منهما نصفان فيكون لصاحب الرقبة نصف الرقبة وللموصى له بالخدمة نصف الخدمة بخدمة يوما والورثة يوما (وانما) يضرب لصاحب الخدمة كما يضرب صاحب الرقبة لما ذكرنا انه أوصى بحبس الرقبة عن الوارث فكأنه أوصى بالتملك لا بقطع حق الورثة فهي والوصية بالتملك سواء (ولو) أوصى بالعبد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الآخر بخدمة الآخر فيكون كالباقي الذي قبله (وهذا) قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الموصى له بالرقاب في الحكم كأنه أوصى له برقبته لان العبد الذي أوصى بخدمته لغيره هو ممنوع لانه مشغول بحق غيره فإدام مشغولا جعل كأنه لم يوص له به (ومن) أصل أبي حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالموصى له بالعبد ههنا لا يضرب الا بالثلث وهو عبد واحد والموصى له بالخدمة يضرب ايضا بعبد واحد فيصير الثلث بينهما نصفين لكل واحد منهما نصف الرقبة فالذي أوصى له بالعبد له نصف العبد في العبد جميعا لان حقه في العبد فيكون له من كل عبد ربعه والموصى له بالخدمة له نصف العبد الذي أوصى له بخدمته يخدم الموصى له يوما والورثة يوما كما في الفصل الاول (وأما) على قولهما الموصى له بالرقاب يضرب بالعبد والموصى له بخدمة العبد يضرب بعبد واحد فيصير الثلث بينهما أثلاثا يسهمان لصاحب الرقاب وسهم لصاحب الخدمة فلما صار الثلث على ثلاثة صار الثلثان على ستة والجميع تسعة كل عبد ثلاثة أسهم فالموصى له بالرقاب سهمان في العبد من كل رقبة سهم وللموصى له بالخدمة سهم في العبد الذي أوصى له بخدمته يخدم العبد الموصى به للموصى له بالخدمة يوما وللورثة يومين فحصل للموصى لهما ثلاثة أسهم وللورثة ستة أسهم (ولو) كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصى له به ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لان كل واحد منهما يصل الى تمام حقه ولولم يكن له مال غيرهم فأوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم

لفلان فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث في خدمة ذلك العبد بخدمة ثلاثة أيام ويخدم الورثة يومين فيكون للآخر خمس الثلث في العبد الباقيين في كل واحد منهما خمس رقبته (وجهه) ذلك ان الموصي له بالرقاب لا حق له في العبد الذي أوصى بخدمته مادام الموصي له باقيا فصار كأنه أوصى بخدمة أحدهم لرجل وثلث العبد الآخر لرجل فاجعل كل ثلث سهم فيضرب صاحب الرقبة بثلث كل عبد وذلك سهمان ويضرب صاحب الخدمة بالجميع وذلك ثلاثة أسهم فاجعل ثلث المال على خمسة فيقسم بينهما لصاحب الرقبة سهمان في كل عبد من العبد سهم ولصاحب الخدمة ثلاثة أسهم في العبد الموصى له بخدمته فيخدمه ثلاثة أيام وللورثة يومين فجميع ما حصل للموصى لهما خمسة أسهم سهمان للموصى له بالرقبة وثلاثة أسهم للموصى له بالخدمة وجميع ما حصل للورثة عشرة أسهم ثمانية أسهم في العبد في كل عبد أربع أسهم وسهمان من العبد الموصى له بالخدمة فاستقام على الثلث والثلثين ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب وبخدمة أحدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال غيرهم له قسم الثلث بينهما نصفين ووجه ذلك ان العبد الموصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلاثة لانه أوصى له بثلث ماله رخدمة العبد مال ألا ترى ان من أوصى لآخر بخدمة عبده اعتبر ذلك من الثلث بخلاف ما ذكرنا في المسألة الاولى انه اذا أوصى له بثلث الرقاب ان الموصى له بالرقاب لا حق له في العبد الذي أوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا لانه أوصى له بالرقبة والخدمة ليست من الرقبة في شيء وهما أوصى له بالمال والخدمة مال فلذلك قلنا انه اذا اجتمع في العبد الموصى بخدمته وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلاثة فالثلاث لصاحب الخدمة بلا منازعة والثلث بينهما نصفان فيجعل العبد على ستة أسهم أربع أسهم خلت عن دعوى صاحب الثلث وسلمت لصاحب الخدمة بلا منازعة وسهمان استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الخدمة خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فاذا صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبدان الآخران على اثني عشر فثلثهما أربع أسهم فجميع ما حصل للموصى لهما عشرة فاجعل هذا الثلث المال وثلاثة مثله عشر وجميع المال ثلاثون فيتبين ان كل عبد صار عشرة فالعبد الموصى بخدمته عشرة يخدم الموصى له بخدمته خمسة أيام وللورثة أربع أيام ويخدم صاحب الثلث يوما ولصاحب الثلث من العبد الآخر أربع أسهم فتصير الوصية عشرة ستة في العبد الموصى بخدمته وأربع أسهم في العبد الباقيين وللورثة عشرون في كل عبد من الباقيين ثمانية أسهم وأربع من الموصى بخدمته فاستقام على الثلث والثلثين وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فانهما يساويان مسلك العول فالعبد الذي أوصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلاثة ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم وصار هذا العبد على أربع فلما صار هذا العبد على أربع صار العبدان الآخران كل واحد منهما على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في ذلك فالثلث بينهما سهمان ضمه الى أربع فيصير ستة فاجعل هذا الثلث المال وثلاثة مثله اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فتبين ان العبد الموصى بخدمته صار على ستة يخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام وللآخر يوما وللورثة يومين وللموصى له بالثلث من العبد الآخر سهمان فصارت الوصية ستة أربع أسهم في العبد الموصى له بخدمته وسهمان في العبدين وللورثة اثنا عشر سهمان سهمان في العبد الموصى له بخدمته وعشرة أسهم في العبدين فاستقام على الثلث والثلثين ولو أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلة لآخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا وعليه طعامه ولصاحب الغلة شهرا وعليه طعامه وكسوته عليهما نصفان وانما كان كذلك لانه أوصى لكل واحد منهما بالجميع الرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة لانه لا يمكن الاستخدام الا بعد حبسها والوصية بالغلة أيضا وصية بالرقبة لانه لا يمكن استغلاله الا بعد حبس الرقبة فقد أوصى لكل واحد منهما بالجميع الرقبة وحظهما سواء فيخدم هذا شهرا ويستغله الآخر شهرا لان العبد مالا يمكن قسمته بالاجزاء فيقسم بالايام وطعامه في مدة الخدمة على صاحب

الخدمة لانه هو الذي ينتفع به دون صاحب الغلة والنفقة على من يحصل له المنفعة وفي مدة الغلة على صاحب الغلة لان
 منفعته في تلك المدة تحصل له (وأما) الكسوة فعليهما جميعا لان الكسوة لا تتقدر بهذه المدة لانها تبقى أكثر من
 هذه المدة ولا تتجدد الحاجة اليها بانقضاء هذا القدر من المدة كما تتجدد الى الطعام في كل وقت وهما فيه سواء فكانت
 الكسوة عليهما لهذا المعنى فان جنى هذا العبد جناية قليلة لهما فدياه لان منفعته لهما فيخادبان به كما يخاطب به المرتين
 في العبد المرهون فان فدياه كانا على حالهما وان أيا القداء فقد اد الورثة بطلت وصيتهما لانهما لما أيا القداء فقد رضى
 بهلاك الرقبة فبطلت حقهما والله تعالى أعلم ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم ولا آخر بثلاث ماله ولا
 مال له غير العبد فان ثلث المال بينهما نصفان في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه أوصى للموصى له بالغلة بجميع الرقبة
 اذ لا يمكن استيفاء ذلك من غلته في كل شهر الا بحبس الرقبة والمذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له
 بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالثلث يكون بينهما الكل واحد منهما السدس ويخرج الحساب من ستة
 فالثلث وذلك سهمان يكون بينهما سهم لصاحب الثلث يعطى له من الرقبة وسهم لصاحب الغلة يستغل وحسبت
 عليه غلته وينفق عليه منها كل شهر درهما لانه هكذا أوصى وأربعة أسهم من الرقبة للورثة فاذا مات الموصى له
 بالغلة وقد بقي من الغلة شيء عر ذلك الى صاحب الرقبة وكذلك ما حبس له من الرقبة يرد على صاحب الرقبة لانه
 بطلت وصيته بموته فيرجع ذلك الى صاحب الرقبة وعلى قوهما يقسم الثلث بينهما على أربعة لصاحب الغلة يضرب
 بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم ولو أوصى لرجل بغلة داره ولا آخر بعبد ولا آخر بثوب فهذه
 المسئلة على وجهين اما أن تخرج هذه الاشياء كلها من الثلث أولا تخرج من الثلث فان كانت تخرج من الثلث اخذ
 كل واحد منهم ما أوصى له به لانه أوصى بالجميع والوصية بغلة الدار وصية بحبس رقبتها على ما بينا وان كانت
 لا تخرج من الثلث لكن الورثة اجاز وافكذلك وان لم تجز الورثة ضرب كل واحد منهم بقدر حقه الا ان تكون
 وصية أحدهم تزيد على الثلث فلا يضرب بالزيادة على قول أبي حنيفة رحمه الله واذا مات صاحب الغلة بطلت
 وصيته وقسم الثلث بين ما بقي منهم لما ذكرنا ولو أوصى بغلة داره لرجل وبسكنها لا آخر وبرقبته لا آخر وهي الثلث
 فهدمها لرجل بعد موت الموصى غرم قيمة ما هدمه من بنائها ثم بنى مساكن كما كانت فتواجر ويأخذ غلتها صاحب
 الغلة ويسكنها الا آخر لان الوصية بالغلة والسكنى لا تبطل بهدم الدار اقيام القيمة مقام الدار كما قلنا في العبد الموصى
 بخدمته لرجل وبرقبته لا آخر اذا قتل أن الوصية لا تبطل ويشتري بقيمته عبدا آخر لخدمته وكذا البستان اذا أوصى
 بغلته لرجل وبرقبته لا آخر فقطع رجل نخله أو شجره غرم قيمتها فيشتري بها اشجارا مثلها فتغرس فاذا أوصى لرجل
 بثلاث ماله ولا آخر بغلة داره وقيمة الدار الف درهم وله القادر هم سوى ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة الدار ولصاحب
 الثلث نصف الثلث فيما بقي من المال والدار خمس ذلك في الدار وأربعة اجماسه في المال (ووجه) ذلك أن يقول
 ان الوصية بثلاث المال وصية بثلاث الغلة أيضا لان الغلة مال الميت يقضى منه ديونه واذا كان كذلك فالدار تخرج من
 ثلث ماله لان قيمة الدار الف درهم وله القادر هم سوى ذلك فقد اجتمع في الدار وصيتان وصية بجميعها ووصية بثلاثها
 فيجعل الدار على ثلاثة ويقسم بينهما على طريق المنازعة وصاحب الثلث لا يدعى أكثر من الثلث وهو سهم واحد
 والثلثان سهمان لصاحب الغلة وهو صاحب الجميع بلا منازعة لان الوصية بالغلة وصية بجميع الدار على ما ذكرنا انه
 يحبس جميع الدار لاجله واستتوت منازعتها في سهم واحد وكان بينهما فانكسر على سهمين فاضرب سهمين في
 ثلاثة فيصير ستة فصاحب الثلث لا يدعى أكثر من سهمين وأربعة أسهم خلت عن دعواه وسامت لصاحب الجميع
 وهو صاحب الغلة بلا منازعة واستتوت منازعتها في سهمين فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم واذا صارت الدار
 وهي الثلث على ستة والاثان اثنا عشر فلصاحب الثلث من ذلك الثلث أربعة أسهم فضمها الى ستة تصير سهام
 الوصايا عشرة وجملة ذلك ثلاثون فنقول ثلث المال عشرة فنقسمها بينهما لصاحب الغلة خمسة أسهم كلها في الدار

ولصاحب الثلث خمسة أسهم أربعة أسهم في الالفين وسهم في الدار فهذا معنى قوله في الاصل لصاحب الغلة نصف غلة الدار وذلك خمسة لاناجعلنا الدار على عشرة ولصاحب الثلث نصف الثلث خمسة أربعة أخماسه في المال وخمس ذلك في الدار وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما تقسم الدار على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب الثلث يضرب بالثلث ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بسهم فاجعل الدار على أربعة أسهم واذا صارت الدار على أربعة أسهم مع العول صار كل الف من الالفين على ثلاثة من غير عول فالالفان تصير ستة أسهم فالموصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك سهمان ضم ذلك الى أربعة أسهم فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال والثلثان اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فالموصى له بثلث المال ثلث الالفين وذلك أربعة أسهم من اثني عشر وذلك ثلثا الثلث لاناجعلنا الثلث على ستة أسهم وأربعة أسهم من ستة ثلثاه وهذا معنى قوله في الاصل وان شئت قلت ثلثا ذلك في ثلث المال وقال ايضا ثلاثة في الدار لانك جعلت الدار على ثلاثة قبل العول والموصى له بالثلث سهم من الدار وذلك ثلث الدار فان مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لانه لما مات الموصى له بالغلة بطلت وصيته وصار كانه لم يوص له بشيء وانما أوصى لصاحب الثلث بثلث المال والدار فيكون له ذلك وان استحققت الدار بطلت وصية صاحب الغلة وأخذ صاحب الثلث ثلث المال لانه لا يملك استغلالها بعد استحقاقها ولو لم يستحق ولكنها انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيبك فيها وبنى صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم لان ذلك مشترك بينهم فيبني كل واحد نصيبه وأبهم أبي أن يبني لم يجبر على ذلك لان الانسان لا يجبر على اصلاح حقه ولم يمنع الاخر أن يبني نصيبه من ذلك ويؤجره ويسكنه لان الذي امتنع من البناء رضى ببطلان حقه فلا يوجب ذلك بطلان حق صاحبه وليس هذا كالسفل اذا كان لرجل وعلو له لا خرفانه وما وصى صاحب السفل أن يبني سفله أنه يقال لصاحب العلو ابن سفله من مالك ثم ابن عليه العلو فاذا أراد صاحب السفل أن ينتفع بالسفل فامنع حتى يدفع اليك قيمة السفل لان هناك لا يمكن بناء العلو الا بعد بناء السفل فكان لصاحب العلو أن يبني سفله حتى يمكنه بناء العلو عليه فأما ههنا فيمكن أن يقسم عرصه الدار فيبني كل واحد منهم في نصيبه ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بعلتها فادعاهما رجل وأقام البينة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى أنه أقر بها للميت لم تجز شهادته لانه يجز شهادته الى نفسه مغنا لانه لو قيات شهادته لسامت له الوصية ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا اذا شهد للميت بمال أو بقتل خطأ لا تقبل شهادته لانه مهما كثر مال الميت كثرت وصيته وكان بشهادته جازا للمغنم الى نفسه فلا تقبل ولو أوصى لرجل بثلاث غلة بستانه أبدا ولا مال له غيره فقاسم الورثة البستان فأغل أحد النصيبين ولم يغل الاخر فانهم يشتركون فيما خرج من الغلة لان قسمته وقعت باطلة لان الموصى له بالغلة لا يملك رقبة البستان والقسمة فيما ليس بملك له باطلة والثمرة غير موجودة وانما حدثت بعد ذلك وقسمة المعدوم باطلة وللورثة أن يبيعوا ثلثي البستان فيكون المشتري شريك صاحب الغلة أراد به أنه يبيع ثلثي البستان مشاعا لان الثلث مشغول بحق صاحب الغلة والورثة ممنوعون عن ذلك الثلث مادام الموصى له حيا فاذا كان هكذا فلا يجوز البيع الا في مقدار نصيبهم وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال لا يجوز بيع نصيبهم لان ذلك ضرر بالموصى له لانه تنقص الغلة وتعيب ولو أوصى بغلة بستانه الذي فيه لرجل وأوصى له بعلته أيضا أبدا ثم مات الموصى ولا مال له غيره والغلة القائمة للحال تساوى مائة درهم والبستان يساوى ثلثمائة درهم فالموصى له بثلث الغلة التي فيه وثلث ما يخرج من الغلة فيما يستقبل أبدا لانه أوصى له هكذا فانه أوصى له بالغلة القائمة للحال وبالغلة التي تحدث أبدا فيعتبر في كل واحد منهما ثلثه ولا يسلم اليه كل الغلة القائمة في الحال وان كان يخرج من ثلث المال لانه أوصى له أيضا بثلث ما يخرج من بستانه فيما يستقبل واذا ضمت تلك الوصية الى هذه الوصية زادت الوصية على الثلث ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة

ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة لرجل فأغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة بحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية بجميع الغلة لجواز أن يطول عمره فيستوفي ذلك كله فلذلك جاز في ثلثه وتحبس غلته حتى ينفق عليه كل سنة عشرون درهما الى أن يموت ولو أوصى أن ينفق عليه أربعة كل شهر من عرض ماله وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال له غير البستان فثلث غلة البستان بينهما نصفين يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه على يد الموصي أو على يد ثقتهم إن لم يكن هناك وصي وينفق على كل واحد منهما كما سمي وكذلك الوصية بشاق درهم ولا عبارة بالقل والاكثر لجواز أن يعيش صاحب الأقل أكثر مما يعيش صاحب الاكثر فباع سدس الغلة لكل واحد منهما ويوقف ثمنه وينفق على كل واحد منهما ما سمي له لانه أوصى لاحدهما أن ينفق عليه من عرض ماله والبستان ماله ولا يسلم المال اليهما بل يوضع على يد الموصي فان لم يكن له وصي فالقاضي يضعه على يد ثقة عدل لانه أمر بالانفاق عليهما ولم يوص بدفع المال اليهما فان ماتا وقد بقي شيء من المال رد على ورثة الموصي لان الوصية قد بطلت بموته فيعود الى الورثة وكذلك لو قال ينفق على فلان أربعة وعلى فلان وفلان خمسة حبس السدس على المنفرد والسدس الآخر على المجموعين في النفقة لانه أضاف الاربعة الى شخص واحد وأضاف الخمسة الى شخصين لانه جمعهما في الوصية فصار كأنه أوصى بان ينفق على فلان أربعة وعلى فلان خمسة لذلك يقسم الثلث بينهم سدس يوقف للمنفرد وسدس للمجموعين ولو أوصى بغلة بستانه لرجل ونصف غلته لآخر وهو ثلث ما له قسم ثلث الغلة بينهما نصفين كل سنة لان الوصية بالزيادة على الثلث لا تجوز فيصير كأنه أوصى لكل واحد منهما بالثلث فيكون الثلث بينهما لا استواءهما ولو كان البستان يخرج من ثلث ماله فانه يقسم غلة البستان بينهما على طريق المنازعة على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان صاحب النصف لا يدعي الا النصف فالنصف خلا عن دعواه فسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الاخر استوت منازعتهم فيه فيقسم بينهما نصفين فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وذلك أربعة فصاحب النصف لا يدعي أكثر من سهمين فسمان خليا عن دعواه ساهما لصاحب الجميع بلا منازعة وسهمان آخران استوت منازعتهم ما فيهما فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهمهم فصار لصاحب الجميع ثلاثة أسهم ولصاحب النصف سهم وعلى قولهما يقسم على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب النصف يضرب بالنصف والحساب الذي له نصف سهمان فصاحب الجميع يضرب بسهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الجميع وسهم لصاحب النصف ولو أوصى لرجل بغلة بستانه وقيمتها ألف درهم ولا آخر بقيمة عبده وقيمتها خمسمائة وله سوى ذلك ثلثمائة فالثلث بينهما على أحد عشر سهمهما في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب العبد خمسة أسهم في العبد ولصاحب البستان ستة أسهم في غلته لان جميع ماله ألف درهم وثمانمائة درهم والثلث من ذلك ستمائة ووصية صاحب البستان ألف درهم وذلك أكثر من الثلث ومن مذهب أبي حنيفة رحمه الله ان الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فاطرح ما زاد على ستمائة لان ذلك زيادة على الثلث فصاحب البستان يضرب بستمائة وصاحب العبد يصرف بخمسمائة فاجعل ثلث المال وهو ستمائة على أحد عشر سهمها لصاحب البستان ستة أسهم ولصاحب العبد خمسة أسهم فأصاب صاحب البستان كان في البستان في غلته وما أصاب صاحب العبد كان في العبد وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى قولهما صاحب البستان يضرب بجميع البستان وهو ألف وصاحب العبد بخمسمائة فيقسم ثلث المال بينهما أثلاثا على طريق العول ولو أوصى لرجل بغلة أرضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها فاتهاؤا جرتكون تلك الغلة له ولو كان فيها شجر أعطى ثلث ما يخرج منها لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى الاجرة فان كان فيها ثمر انصرفت الوصية الى ما يخرج منها لان الغلة في الحقيقة اسم لما يخرج اذا كان

في الارض أشجار وان لم يكن فيها شجر فالوصية بالغلة وصية بالدرهم والدنانير وذلك هي الاجرة فان قيل اذالم يكن في الارض شجر فينبغي ان يزرعها فاستوفى زرعها فالجواب انه لو زرع لحصل له ملك الخارج ببذره والموصى به غلة أرضه لا غلة بذره ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ولا آخر برقبته وهي تخرج من الثلث فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة المبيع جاز وبطلت وصية صاحب الغلة ولا حق له في الثمن أما جواز الوصية بالغلة فلماذا كرتا فيما تقدم وأما جواز بيع الرقبة من صاحبها اذا سلم صاحب الغلة المبيع فلان ملك الرقبة لصاحب الرقبة وأنه يقتضي النفاذ الا ان حق صاحب الغلة متعلق به فاذا أحاز فقد رضى بابطال حقه فزال المانع فنفذ وبطلت وصية صاحب الغلة لانه انما اوصى له بالغلة في ملك الموصى له بالرقبة وقد زال ملكه عن الرقبة ولا حق له في الثمن لان الثمن بدل الرقبة ولا ملك له في الرقبة ولو أوصى له بغلة بستانه فأغل البستان سنتين قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم يكن للموصى له من تلك الغلة شيء انما له الغلة التي فيه يوم يموت لما ذكرنا ان الوصية ايجاب الملك عند الموت فتكون له الثمرة التي فيه يوم الموت وما يحدث بعد الموت لا ما كان قبل الموت فان اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز الشراء وبطلت الوصية لانه ملك العين بالشراء فاستغنى بملكه عن الوصية كمن استعار شيئاً ثم اشتراه انه تبطل الا عارة وكن زوج أمة انسان ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا كذا هذا وكذلك لو أعطوه شيئاً على ان يبرأ من الغلة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد اذا صار له منه على شيء جاز وبطلت الوصية لان له حقه وقد استقط حقه بعوض فجاز كالتلخيص والطلاق على مال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الوصية بأمر متعلق بالمال فالوصية بالعتق والوصية بالاعتاق والوصية بالاتفاق والوصية بالتقرب من القربى والنوازل (أما) الوصية بالعتق فحكمها ثبوت العتق بعدموت الموصى بلا فصل كما اذا قال وهو مريض أو صحيح أنت حر بعدموتي أو قال دبرتك أو أنت مدبر أو ان مت من مرضي هذا أو في سفرى هذا فأنت حر فمات من مرضه ذلك أو سفره ذلك يعتق من غير الحاجة الى اعتاق أحد لان معنى ذلك أنت حر بعدموتي أو بعدموتي من هذا المرض أو في هذا السفر ويعتق في ذلك كله الثلث فان كان العبد يخرج كله من ثلث ماله يعتق كله وان لم يخرج كله يعتق منه بقدر ما يخرج من الثلث وان لم يكن له مال سواه يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لان هذا كله وصية فلا تنفذ فيما زاد على الثلث الا باجازه الورثة على ما بينا فيما تقدم (وأما) الوصية بالاعتاق فحكمها وجوب الاعتاق بعدموت الموصى ولا يعتق من غير اعتاق من الوارث أو الوصى أو القاضي والا صل فيه ان كل عتق تأخر عن موت الموصى ولو بساعة لا يثبت ولا يعتق من غير اعتاق كما اذا قال هو حر بعدموتي بساعة أو بأقل أو بأكثر لان غرض الموصى هو عتق العبد بعد الموت والعتق لا بد له من الاعتاق ولا يمكن جعل الموصى معتقاً بعد الموت فكان أمراً بالاعتاق دلالة فيعتق الوارث أو الوصى أو القاضي (وأما) الوصية باعتاق نسمة وهي ان يوصى بان يشتري رقبة فنعتق عنه والنسمة اسم لرقبة تشتري للعتق فحكمها حكم وجوب الشراء والاعتاق يعتبر من الثلث ولو أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم فلم يبلغ ثلث ماله مائة درهم لم يعتق عنه عند أبي حنيفة وعندهما يعتق عنه بالثلث ولو أوصى بان يحج بمائة وثلث ماله لا يبلغ مائة فانه يحج عنه من حيث يبلغ بالاجماع (وجه) قولهما ان تنفيذ الوصية واجب ما أمكن والتقدير بالمائة لا يقتضي التنفيذ لانه يحتمل انه انما قدر ظناً منه ان ثلث ماله يبلغ ذلك أو رجاء اجازة الورثة فاذا لم يبلغ ذلك أو لم تجز الورثة يجب تنفيذها فبادون ذلك كما في الوصية بالحج ولا يحنيفة رضى الله عنه انه أوصى بعنق عبد يشتري بمائة درهم فلو نفذنا الوصية في عبد يشتري بخمسين كان ذلك تنفيذ الوصية لغير من أوصى له وهذا لان الوصية للعبد في الحقيقة فهو الموصى له وقد جعل الوصية بعبد موصوف بأنه يشتري بمائة والمشتري بدون المائة غير المشتري بمائة فلا يمكن تنفيذ الوصية له بخلاف الوصية بالحج فانها وصية بالوصول الى البيت وانه يحصل بالحج عنه من حيث يبلغ الثلث وعلى هذا اذا أوصى أن يعتق عنه نسمة بجميع ماله فلم تجز ذلك الورثة لم يشتري به شيء والوصية باطلا في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يشتري بالثلث وهذا بناء على المسئلة الاولى وقد ذكرنا وجه القولين والله الموفق (وأما) الوصية بالاقتاق على فلان وأوصى بالقرب فحكمها وجوب فعل ما دخل تحت الوصية لانه هكذا أوصى ويعتبر

ذلك كله من الثالث والله سبحانه وتعالى أعلم
 ﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به الوصية فالوصية تبطل بالنص على الابطال وبالدلالة الابطال وبالضرورة (أما)
 النص فنحو ان يقول أبطلت الوصية التي أوصيتها لفلان أو فسختها أو نقضتها فتبطل الا للتدبير خاصة فانه لا يبطل
 بالتعريض على الابطال مطلقا كان التدبير أو متيذا الا ان المتقدم منه يبطل منه بدلالة الابطال بالتدبير على ما ذكرنا
 وكذا اذا قال رجعت لان الرجوع عن الوصية ابطال لها في الحقيقة (وأما) الدلالة والضرورة فعلى نحو ما ذكرنا
 في الرجوع وقد ذكرنا ما يكون رجوعا عن الوصية وما لا يكون فيا تقدم ويبطل بنحو ان الموصي جنونا مطبقا لان
 الوصية عند جائز كالمالك فيكون لبقائه حكم الا نشاء كالمالك فاعتبر أهلية العتد الى وقت الموت كما تعتبر أهلية الامر
 في باب الوكالة والجنون المطبق هو ان يمتد شهرا عند أبي يوسف وعند محمد سنة وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوكالة
 ولو أغنى عليه لا تبطل لان الاعماء لا يزال العقل ولهذا يبطل الوكالة بالاعماء وتبطل بموت الموصي له قبل موت
 الموصي لان العتد وقع له لا لغيره فلا يمكن ابقائه على غيره وتبطل بهلاك الموصي به اذا كان عينا مشارا اليها بالطلاق
 محل الوصية أعني محل حكمه ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاءه بدون وجود محله أو بقاءه كما لو أوصى بهذه
 الجارية أو بهذه الشاة فهلكت الجارية والشاة وهل تبطل الوصية باستثناء كل الموصي به في كلام متصل يختلف فيه
 قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا تبطل ويبطل الاستثناء وللموصي له جميع ما أوصى له به وقال محمد رحمه الله
 يصح الاستثناء وتبطل الوصية ولا خلاف في ان استثناء الكل من الكل في باب الاقرار باطل ويلزم المقر جميع ما أقر
 به (وجه) قوله ان الاستثناء هنا رجوع عما أوصى به والوصية محتمة للرجوع فيحمل على الرجوع وبهذا فارت
 الاقرار لان الاقرار بالمال مما لا يحتمل الرجوع فيبطل الاستثناء ويبقى المقر به على حاله ولهما ان هذا ليس باستثناء
 ولا رجوع فيبطل الاستثناء رأسا وتبقى الوصية صحيحة وبيان ذلك ان الاستثناء نكح بالباقي بعد الثبوت واستخراج
 بعض الجملة الملقوطة ولا يوجد ذلك في استثناء الكل من الكل والرجوع فسخ الوصية وابطالها ولا يتصور
 ذلك في الكلام المتصل ولهذا شرطنا لجواز النسخ في الاحكام الشرعية أن يكون النص الناسخ متراخيا
 عن المنسوخ والله تعالى أعلم

كتاب القرض

الكلام فيه يقع في مواضع في بيان ركن القرض وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم القرض (أما) ركنه فهو
 الايجاب والقبول والايجاب قول المقرض أقرضتك هذا الشيء أو خذ هذا الشيء قرضا ونحو ذلك والقبول هو ان
 يقول المستقرض استقرضت أو قبلت أو رضيت أو ما جرى هذا الجري وهذا قول محمد رحمه الله وهو احدى
 الروايتين عن أبي يوسف وروى عن أبي يوسف أخرى ان الركن فيه الايجاب (وأما) القبول فليس بركن حتى
 لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل لم يحنث عند محمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى
 يحنث (وجه) هذه الرواية ان الاقراض اعارة لما ذكر والقبول ليس بركن في الاعارة (وجه) قول محمد ان الواجب
 في ذمة المستقرض مثل المستقرض فلهذا اختص جوازه بماله مثل فاشبهه البيع فكان القبول ركنا فيه كما في البيع
 وروى عن أبي يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان فاستقرض منه فلم يقرضه انه يحنث لان شرط الحنث
 هو الاستقراض وهو طلب القرض كالا ستيام في البيع وهو طلب البيع فاذا استقرض فقد طلب القرض فوجد
 شرط الحنث فيحنث والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى نفس
 القرض (أما) الذي يرجع الى المقرض فهو أهليته للتبرع فلا يملكه من لا يملك التبرع من الاب والوصي والصبي
 والعبد المأذون والمكاتب لان القرض للمال تبرع ألا ترى انه لا يقبله عوضا للحال فكان تبرعا للحال فلا يجوز
 الا ممن يجوز منه التبرع وهو لا يملكه من أهل التبرع فلا يملكه القرض (وأما) الذي يرجع الى المقرض فمنها

القبض لان القرض هو القطع في اللغة سمي هذا عند قرض ما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم الى المستقرض فكان مأخذا لاسم دليل على اعتبار هذا الشرط ومنها أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة فلا يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتقاربة لانه لا سبيل الى إيجاب رد العين ولا الى إيجاب رد القيمة لانه يؤدي الى المنازعة لا اختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بماله مثل ولا يجوز القرض في الخبز لا وزنا ولا عدداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز عدد أو ما قالا هو القياس لتفاوت فاحش بين خبز وخبز لا اختلاف العجن والنضج والخفة والثقيل في الوزن والصغر والكبر في العدد ولهذا لم يحجز السلم فيه بالاجماع فالقرض أولى لان السلم أوسع جوازاً من القرض والقرض أضيق منه ألا ترى انه يجوز السلم في الثياب ولا يجوز القرض فيها فلما لم يحجز السلم فيه فلان لا يجوز القرض أولى الا ان محمد رحمه الله استحسن في جوازه عدد العرف الناس وعادتهم في ذلك وترك القياس لتعامل الناس فيه هكذا روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه يجوز ذلك فانه روى انه سئل عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون أصغراً أو كبراً قال لا بأس به ويجوز القرض في الفلوس لانها من العدييات المتقاربة كالجوز والبيض ولو استقرض فلوساً فكسدت فعليه مثلها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليه قيمتها (وجهه) قولهما أن الواجب في باب القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك لان المقبوض كان مئناً وقد بطلت الثمنية بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض رطباً فانقطع عن أيدي الناس أنه يلزمه قيمته لما قلنا كذا هذا ولا يوجب حنيفة ان رد المثل كان واجباً والفائت بالكساد ليس الا وصف الثمنية وهذا وصف لا يتعلق لجواز القرض به ألا ترى انه يجوز استقرضه بعد الكساد ابتداء وان خرج من كونه مئناً فلان يجوز بقاء القرض فيه أولى لان البقاء أسهل وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش لانها في حكم الفلوس وروى عن أبي يوسف انه أنكر استقرض الدراهم المكحلة والمزبفة وكردا فاقها وان كانت تنفق بين الناس لما في ذلك من ضرورات العامة واذا نهى عنها وكسدت فهي بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو كان له على رجل دراهم جيداً فأخذ منه مزبفة أو مكحلة أو زيوفاً أو نهرجة أو ستوفة جازي الحكم لانه يجوز بدون حقه فكان كالحط عن حقه الا انه يكره له ان يرضى به وان ينفقه وان يبيع وقت الاتفاق لا بخلو عن ضرر العامة بالتليس والتدليس قال أبو يوسف كل شيء من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه وهذا الذي ذكره احتساب حسن في الشريعة ولو استقرض دراهم تجارية فالتميا في بلد لا يقدر فيه على التجارة فان كانت تنفق في ذلك البلد فصاحب الحق بالخيار ان شاء انتظر مكان الاداء وان شاء أجله قدر المسافة ذاهباً وجائياً واستوثق منه بكفيل وان شاء أخذ القيمة لانها اذا كانت نافقة لم تغير بقيت في الذمة كما كانت وكان له الخيار ان شاء لم يرض بالتأخير وأخذ القيمة لما في التأخير من تأخير حقه وفيه ضرر به كن عليه الرطب اذا انقطع عن أيدي الناس انه يتخير صاحبه بين التربص والا انتظار لوقت الادراك وبين أخذ القيمة لما قالوا كذا هذا وان كان لا ينفق في ذلك البلد فعليه قيمتها والله تعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى نفس القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان كان لم يحجز نحو ما اذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه سخاخاً وأقرضه وشرط شرطاً له فيه منفعة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قرض جر نفعا ولان الزيادة المشروطة تشبه الربا لانها فضل لا يقابلها عوض والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب هذا اذا كانت الزيادة مشروطة في القرض فاما اذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما فلا بأس بذلك لان الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد ولم توجد بل هذا من باب حسن القضاء وانه أمر مندوب اليه قال النبي عليه السلام خيار الناس أحسنهم قضاء وقال النبي عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح وعلى هذا يخرج مسئله السفائح التي يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينتفع بما يسقط خطر الطريق فتشبهه قرضاً جر نفعا فان قيل اليس انه روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض باسقاط

خطر الطريق فالجواب أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة في القرض مطلقاً ثم تكون السفتجة وذلك مما لا بأس به على ما بينا والله تعالى أعلم والاجل لا يلزم في القرض سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون والفرق من وجهين أحدهما أن القرض تبرع ألا يرى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع فلو لم فيه الاجل لم يبق تبرعاً فيغير المشروط بخلاف الديون والثاني أن القرض يسلك به مسلك العارية والاجل لا يلزم في العواري والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية أن لا يخلو ما ان يسلك به مسلك المبادلة وهي تملك الشيء بمثله أو يسلك به مسلك العارية لا سبيل إلى الأول لأنه تملك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز فتعين أن يكون عارية فجعل التقدير كان المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وان كان يرد بدله في الحقيقة وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الاجل في القرض بحال بان يوصى بان يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم إلى سنة فإنه ينفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة والله تعالى أعلم

فصل وأما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض في المقرض للحال وثبوت مثله في ذمة المستقرض المقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف في النواذر لا يملك القرض بالقبض مالم يستهلك حتى لو أقرض كراماً من طعام وقبضه المستقرض ثم أنه اشترى السكر الذي عليه بمائة درهم جاز البيع وعلى رواية أبي يوسف لا يجوز لأن المقرض باع المستقرض السكر الذي عليه وليس عليه الكفر فكان هذا بيع المعدوم فلم يجوز كما لو باعه السكر الذي في هذا البيت وليس في البيت كراماً وجاز في ظاهر الرواية لأنه باع ما في ذمته فصار كما إذا باعه السكر الذي في البيت وفي البيت كراماً وكذلك لو كان السكر المقرض قائماً في يد المستقرض كان المستقرض بالخيار أن شاء دفع إليه هذا السكر وإن شاء دفع إليه كراماً آخر ولو أراد المقرض أن يأخذ هذا السكر من المستقرض وأراد المستقرض أن ينع من ذلك ويعطيه كراماً آخر مثله له ذلك في ظاهر الرواية وعلى ما روى عن أبي يوسف رحمه الله في النواذر أن لا خيار للمستقرض ويجبر على دفع ذلك السكر إذا طالب به المقرض وعلى هذا فروغ ذكرت في الجامع الكبير (وجهه) رواية أبي يوسف أن الأقراض اعادة دليل أنه لا يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما في سائر المعاوضات وكذا لا يملكه الأب والوصي والعبد المأذون والمكاتب وهؤلاء لا يملكون المعاوضات وكذا اقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وان كان مبادلة لبطل لأنه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وكذا اقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لأن بيع المكيل بمكيل مثله في الذمة لا يجوز فثبت بهذه الدلائل أن الأقراض اعادة فبقي العين على حكم ملك المقرض (وجهه) ظاهر الرواية أن المستقرض بنفسه القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض ببيعاً وهبة وصدقة وسائر التصرفات وإذا تصرف نفذ تصرفه ولا يتوقف على اجازة المقرض وهذه أمارات الملك وكذا ما أخذ الاسم دليل عليه فإن القرض قطع في اللغة فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم (وأما) قوله اعادة اعادة تملك المنفعة لا تملك العين فنعم لكن لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقيام عينه مقام المنفعة صار قبض العين قائماً مقام قبض المنفعة والمنفعة في باب اعادة تملك بالقبض لأنها تبرع بتمليك المنفعة فكذا ما هو ملحق بها وهو العين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب والحمد لله وحده

نص ما وجد في الاصل المطبوع عليه

وقع تمام النصف الاخير من كتاب البدائع في ترتيب الشرائع للكاساني تعمد الله تعالى بالرحمة والرضوان على مذهب الامام أبي حنيفة رضي الله عنه الحمد لله الذي وهب التوفيق لاتتمام النصف من كتابة الكتاب والصلاة والسلام على خير خلقه سيدنا محمد خير من نطق بالصواب وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين إلى يوم الحساب على يد أضعف العباد الفقير الحقير المعترف بالذنوب والتقصير الراجي رحمة الله الباري عبد الله بن المرحوم الحاج عبد الرحيم المدعو باللبق غفر الله له ولوالده ولاخوانه في خمسة أيام خلت من ذي الحجة سنة ١١٧٠

﴿ يقول المتوسل بصالح السلف . مصححه الفقير عبد الجواد خلف ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

حمداً ابن أبرز (بدائع الصنائع) من حيز العدم وهدى الى (ترتيب الشرائع) بما علم بالقلم وشكر المأسدي من جزيل النعماء وجليل العطايا والا لاء وصلاة يتدفق بالرحمات المقرونة بالتعظيم ودقها وتحيات يتألق بالبركات المصحوبة بالتكريم برقمها على من أنزل عليه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فبين للناس ما نزل اليهم وأرشدهم الى ما يجب عليهم بأدلة أعجزت البلغاء وأفحمت القاصحاء فتبدلت بنور الهداية ظلمة الغواية سيدنا محمد الصادق الأمين القائل من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين وعلى آله حماسة السنة وحملته الاسنة ﴿ وبعده ﴾ فلما كان علم الفقه من أجل العلوم الشرعية بعد كتاب الله تعالى والسنة النبوية اذ به معرفة الحلال والحرام وتصحيح العبادة وبيان الاحكام وكان من أعظم ما ألف فيه من الكتب الوحيدة بل الدرة اليتيمة الفريدة الكتاب الجليل والسفر الذي ليس له في بابيه مثيل المسمى ﴿ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ﴾ وناله انه لكتاب كريم ومؤلف نجيم بل هور وضة علم نطقت بيننا بالحق ودوحة فضل لا يعرف قدرها الا القليل من الخلق فاذا لم تر الهلال فسلم * لاناس رأوه بالا بصار

فلقد أتى في أسلوبه الغريب بالعجب العجيب وبالجملة فهو المليحة الحسنة الغني عن الاطراء والثناء

واني وان أكرث فيه مدائحي * فأكثر مما قلت ما أنا تارك

وكيف لا يكون كذلك إن لم يكن فوق ذلك وناسج برده وناظم عقده امام البلغاء والقاصحاء الملقب بملك العلماء الذي لا يدانيه في ميدان التحقيق مداني المولى المحقق علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

لله در مؤلف * جمع الطرائف واللطائف يسعى لكعبة فضله * من كل فج كل طائف وكان من نعم الله الجسام التي لا تحيط بوصفها الاقلام تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل فقد قام بهذا العمل المبرور والسعي المشكور كل من ذوى الهمم العلية والاخلاق المرضية سعادة الانعم محمد أسعد باشا جابري زاده وفضيلة الاكرم الحاج مراد أفندي جابري زاده بلغم الله الحسنى وزاده وشاركهما في هذا الصنع الوجيه السيد أحمد ناجي الجالي والسيد محمد أمين الخانجي الكتبي وأخيه وفقهم الله الكريم المنان وجزاهم احسان الجزاء وجزاء الاحسان وكان هذا الطبع الحسن الجليل والصنع الفائق الجليل ﴿ بالمطبعة الجالية العامرة ذات الاستعدادات التامة الباهرة الكائن مركزها بعطفة التتري بحارة الروم بمصر القاهرة ادارة محمد أمين الخانجي وشركائه -

وأحمد عارف ﴿ أسبغ الله على الجميع جزيل المنن

اللطائف وذلك في شهر شوال سنة ١٣٢٨

من الهجرة النبوية

(فهرست الجزء السابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صفحة	محتوى	صفحة	محتوى
٣	كتاب آداب القاضي	٢٥	فصل وأما الذي يرجع الى المقذوف فيه
٣	مطلب وأما من يصلح للقضاء	٢٦	فصل وأما الذي يرجع الى نفس القذف
٣	فصل وأما من يفترض عليه قبول القضاء	٢٦	فصل وأما بيان ما يظهر به الحدود عند القاضي
٤	فصل وأما شرائط القضاء فأشياء أربعة	٥٤	فصل وأما بيان من يملك الحكومة ومن لا يملكها
٩	فصل وأما آداب القضاء فكثيرة	٥٥	فصل وأما صفات الحدود
١٤	فصل وأما ما ينفذ من القضايا وما ينتقض منها	٥٨	فصل وأما بيان مقدار الواجب منها
١٥	فصل وأما ما يحل بالقضاء وما لا يحل	٥٨	فصل وأما شرائط جواز إقامتها
١٦	فصل وأما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء	٦١	فصل وأما بيان ما يستلزم الحد بعد وجوبه فأشياء
١٦	فصل وأما بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء	٦٣	فصل وأما حكم الحدود
١٧	كتاب القسمة	٦٣	فصل وأما التعزير في الكلام فيه في مواضع
١٧	فصل وأما بيان القسمة لغة وشرعا	٦٣	فصل وأما شرط وجوبه فالعدل فقط
١٨	فصل وأما شرائط جواز القسمة فأشياء	٦٤	فصل وأما قدر التعزير
١٩	فصل وأما الذي يرجع الى المقسوم له فأشياء	٦٤	فصل وأما صفته فله صفات
٢٢	فصل وأما الذي يرجع الى المقسوم فواحد	٦٥	فصل وأما بيان ما يظهر به
٢٦	فصل وأما صفات القسمة فأشياء	٦٥	كتاب السرقة
٢٨	فصل وأما بيان حكم القسمة	٦٥	فصل وأما ركن السرقة فهو
٣٠	فصل وأما بيان ما يوجب نقض القسمة	٦٦	فصل وأما شرائط بعضها يرجع الى السارق
٣١	فصل وأما قسمة المنافع	٦٧	فصل وأما ما يرجع الى المسروق فأشياء
٣٢	فصل وأما بيان محل المهايئات	٨٠	فصل وأما الذي يرجع الى المسروق منه فهو
٣٢	فصل وأما صفة المهايئات فهي	٨٠	فصل وأما الذي يرجع الى المسروق فيه
٣٢	فصل وأما بيان ما يملك كل واحد منهما	٨١	فصل وأما بيان ما يظهر به السرقة عند القاضي
٣٣	كتاب الحدود	٨٤	فصل وأما حكم السرقة في مكان
٣٣	فصل وأما بيان أسباب وجوبها	٩٠	كتاب قطع الطريق
٣٨	فصل وأما الإحصان فنوعان	٩٠	فصل وأما ركنه فهو الخروج على المارة
٣٩	فصل وأما حد الشرب فبسبب وجوبه	٩١	فصل وأما شرائط أنواع
٣٩	فصل وأما شرائط وجوبها فأربعة	٩١	فصل وأما الذي يرجع الى المتطوع عليه فنوعان
٤٠	فصل وأما حد القذف	٩١	فصل وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فواحد
٤٠	فصل وأما شرائط وجوبه فأشياء	٩٢	فصل وأما الذي يرجع الى المتطوع له
٤٠	فصل وأما الذي يرجع الى المقذوف فشيئان	٩٢	فصل وأما الذي يرجع الى المتطوع فيه فنوعان
٤٢	فصل وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فواحد	٩٣	فصل وأما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي
٤٢	فصل وأما الذي يرجع الى المقذوف به فنوعان	٩٣	فصل وأما حكم قطع الطريق فله حكمان
		٩٥	فصل وأما صفات هذا الحكم فأشياء

مطلب وأما بيان ما يجوز الانتفاع به من الغنائم وما لا يجوز	١٢٣	مطلب وأما بيان ما يجوز الانتفاع به من الغنائم وما لا يجوز	١٢٣
مطلب وأما بيان ما ينتفع بالغنائم	١٢٤	مطلب وأما بيان ما ينتفع بالغنائم	١٢٤
مطلب في بيان مقدار الاستحقاق وحال المستحق	١٢٦	مطلب في بيان مقدار الاستحقاق وحال المستحق	١٢٦
فصل وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين الخ	١٢٧	فصل وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين الخ	١٢٧
مطلب وأما بيان كيفية الحكم الخ	١٢٨	مطلب وأما بيان كيفية الحكم الخ	١٢٨
فصل وأما بيان الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين الخ	١٣٠	فصل وأما بيان الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين الخ	١٣٠
فصل وأما الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين فأنواع	١٣١	فصل وأما الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين فأنواع	١٣١
فصل وأما بيان أحكام المرتدين الخ	١٣٢	فصل وأما بيان أحكام المرتدين الخ	١٣٢
فصل وأما حكم الولد المرتد الخ	١٣٩	فصل وأما حكم الولد المرتد الخ	١٣٩
فصل وأما بيان أحكام البغاة والكلام فيه	١٤٠	فصل وأما بيان أحكام البغاة والكلام فيه	١٤٠
كتاب الغصب	١٤٢	كتاب الغصب	١٤٢
فصل وأما حكم الغصب فحكما	١٤٨	فصل وأما حكم الغصب فحكما	١٤٨
فصل وأما حكم الفاسب والمغصوب منه	١٤٩	فصل وأما حكم الفاسب والمغصوب منه	١٤٩
فصل وأما مسائل الألف فالكلام فيها الخ	١٦٢	فصل وأما مسائل الألف فالكلام فيها الخ	١٦٢
فصل وأما شرائط وجوب ضمان المتلف الخ	١٦٧	فصل وأما شرائط وجوب ضمان المتلف الخ	١٦٧
كتاب الحجر والحبس	١٦٩	كتاب الحجر والحبس	١٦٩
فصل في بيان حكم الحجر	١٧٠	فصل في بيان حكم الحجر	١٧٠
فصل في بيان ما يرفع الحجر	١٧١	فصل في بيان ما يرفع الحجر	١٧١
مطلب وأما الحبس فعلى نوعين	١٧٣	مطلب وأما الحبس فعلى نوعين	١٧٣
فصل في بيان ما يمنع الحبس عنه وما لا يمنع	١٧٤	فصل في بيان ما يمنع الحبس عنه وما لا يمنع	١٧٤
فصل وأما حبس العين بالدين فعلى نوعين	١٧٥	فصل وأما حبس العين بالدين فعلى نوعين	١٧٥
كتاب الإكراه	١٧٥	كتاب الإكراه	١٧٥
فصل في بيان أنواع الإكراه	١٧٥	فصل في بيان أنواع الإكراه	١٧٥
فصل وأما شرائط الإكراه فنوعان	١٧٦	فصل وأما شرائط الإكراه فنوعان	١٧٦
فصل وأما بيان ما يقع عليه الإكراه فنوعان	١٧٦	فصل وأما بيان ما يقع عليه الإكراه فنوعان	١٧٦
فصل وأما بيان حكم ما يقع عليه الإكراه الخ	١٧٦	فصل وأما بيان حكم ما يقع عليه الإكراه الخ	١٧٦
فصل وأما بيان حكم عدل المسكر إلى غير ما وقع عليه الإكراه	١٩٠	فصل وأما بيان حكم عدل المسكر إلى غير ما وقع عليه الإكراه	١٩٠
كتاب المأذون	١٩١	كتاب المأذون	١٩١
فصل وأما شرائط ركن الإذن	١٩٣	فصل وأما شرائط ركن الإذن	١٩٣
فصل وأما بيان ما يظهر به الإذن بالتجارة	١٩٤	فصل وأما بيان ما يظهر به الإذن بالتجارة	١٩٤
فصل وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف وما لا يملكه	١٩٤	فصل وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف وما لا يملكه	١٩٤
مطلب وأما إقامة هذا الحكم فنقول الخ	٩٥	مطلب وأما إقامة هذا الحكم فنقول الخ	٩٥
فصل وأما بيان ما يقيم هذا الحكم الخ	٩٦	فصل وأما بيان ما يقيم هذا الحكم الخ	٩٦
فصل وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه	٩٦	فصل وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه	٩٦
فصل وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب	٩٦	فصل وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب	٩٦
فصل وأما الحكم الذي يتعلق بالمال الخ	٩٧	فصل وأما الحكم الذي يتعلق بالمال الخ	٩٧
كتاب السير وهو الجهاد	٩٧	كتاب السير وهو الجهاد	٩٧
فصل وأما بيان كيفية فرضية الجهاد	٩٨	فصل وأما بيان كيفية فرضية الجهاد	٩٨
فصل وأما بيان ما يفترض عليه	٩٨	فصل وأما بيان ما يفترض عليه	٩٨
فصل وأما بيان ما يندب إليه الإمام عند السرية	٩٩	فصل وأما بيان ما يندب إليه الإمام عند السرية	٩٩
فصل وأما بيان ما يجب على الفرقة	١٠٠	فصل وأما بيان ما يجب على الفرقة	١٠٠
فصل وأما بيان ما يحل قتله ومن لا يحل	١٠١	فصل وأما بيان ما يحل قتله ومن لا يحل	١٠١
فصل وأما بيان ما يسمع تركه في دار الحرب ومن لا يسمع	١٠٢	فصل وأما بيان ما يسمع تركه في دار الحرب ومن لا يسمع	١٠٢
فصل وأما بيان ما يكره حمله إلى دار الحرب وما لا يكره	١٠٢	فصل وأما بيان ما يكره حمله إلى دار الحرب وما لا يكره	١٠٢
فصل وأما بيان ما يعترض من الأسباب المحرمة للقتال فأنواع ثلاثة	١٠٢	فصل وأما بيان ما يعترض من الأسباب المحرمة للقتال فأنواع ثلاثة	١٠٢
مطلب في أحد الأنواع الثلاثة وهو الأيمان	١٠٢	مطلب في أحد الأنواع الثلاثة وهو الأيمان	١٠٢
مطلب وأما أحكام الأيمان فحكما	١٠٤	مطلب وأما أحكام الأيمان فحكما	١٠٤
مطلب وأما النوع الثاني وهو الأمان فنوعان أيضاً	١٠٦	مطلب وأما النوع الثاني وهو الأمان فنوعان أيضاً	١٠٦
مطلب وأما حكم الموادعة فهو الخ	١٠٩	مطلب وأما حكم الموادعة فهو الخ	١٠٩
مطلب وأما الأمان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة وبيان الكلام فيه	١١٠	مطلب وأما الأمان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة وبيان الكلام فيه	١١٠
مطلب وأما شرائط ركن المعاهدة فأنواع	١١٠	مطلب وأما شرائط ركن المعاهدة فأنواع	١١٠
مطلب وأما بيان حكم العقد الخ	١١١	مطلب وأما بيان حكم العقد الخ	١١١
مطلب وأما حكم استحباب الصوامع الخ	١١١	مطلب وأما حكم استحباب الصوامع الخ	١١١
مطلب وأما ما يسقط الجزية بعد الوجوب فأنواع	١١٢	مطلب وأما ما يسقط الجزية بعد الوجوب فأنواع	١١٢
مطلب وأما ما يأخذ به أهل الذمة الخ	١١٣	مطلب وأما ما يأخذ به أهل الذمة الخ	١١٣
مطلب وأما حكم أرض العرب الخ	١١٤	مطلب وأما حكم أرض العرب الخ	١١٤
فصل وأما بيان حكم الغنائم	١١٤	فصل وأما بيان حكم الغنائم	١١٤
مطلب وأما حكم التنفيل فنوعان	١١٥	مطلب وأما حكم التنفيل فنوعان	١١٥
مطلب وأما الفداء فهو الخ	١١٦	مطلب وأما الفداء فهو الخ	١١٦
مطلب وأما الرقاب فالإمام فيها بين خيارات ثلاث	١١٩	مطلب وأما الرقاب فالإمام فيها بين خيارات ثلاث	١١٩
مطلب وأما مفاداة الأسير فحكمه الخ	١٢٠	مطلب وأما مفاداة الأسير فحكمه الخ	١٢٠
مطلب وأما بيان قسمة الغنائم فنوعان	١٢١	مطلب وأما بيان قسمة الغنائم فنوعان	١٢١

٢٦٦	مطلب وأما بيان أصل الواجب بهذه الجنائية	٢٠١	فصل وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك
٢٦٨	مطلب وأما صفة الواجب بهذه الجنائية	٢٠١	فصل وأما بيان حكم الغرور في العبد المأذون
٢٧١	مطلب وأما القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ فنوعان	٢٠٢	فصل وأما بيان سبب ظهور الدين شيئان
٢٨٣	فصل وأما شرائط الوجوب الخ	٢٠٣	فصل وأما بيان محل التعلق الخ
٢٨٥	فصل وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذا -	٢٠٤	فصل وأما بيان حكم التعلق الخ
٢٨٦	فصل في القسامة	٢٠٦	فصل وأما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده
٢٨٧	فصل وأما شرائط وجوب القسامة والدية فانواع	٢٠٧	فصل وأما حكم الحجر فهو الخ
٢٩٠	مطلب وأما بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول الخ	٢٠٧	كتاب الاقرار
٢٩٢	فصل وأما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد وجوبهما ومن لا يدخل	٢٠٧	مطلب أما ركن الاقرار فنوعان
٢٩٥	فصل وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان	٢١٢	فصل وأما الفرقة المبنية على الاطلاق فهي الخ
٢٩٦	فصل وأما الجنائية على ما دون النفس مطلقا الخ	٢١٥	فصل وأما الذي يدخل على وصف المقر به فهو الخ
٢٩٧	فصل وأما أحكام هذه الانواع الخ	٢٢٢	فصل وأما شرائط الركن فانواع
٣١٤	فصل وأما الذي يجب فيه أرش مقدر	٢٢٣	فصل وأما حق العبد فهو الخ
٣١٨	فصل ومما يلحق بمسائل التداخل	٢٢٦	فصل وأما بيان محل تعلق الحق
٣٢٢	فصل وأما الجنائية التي نتج عنها العاقلة الخ	٢٢٦	فصل وأما اقرار المريض
٣٢٣	فصل وأما الذي يجب فيه أرش غير مقدر	٢٢٧	فصل ولو أقر باستيفاء دين الخ
٣٢٥	فصل وأما الجنائية على ما هو نفس من نفس	٢٢٨	فصل وأما اقرار المريض بالبراءة الخ
٣٢٧	كتاب الخنثى	٢٢٨	فصل وأما الاقرار بالنسب فنوعان
٣٢٧	فصل في بيان ما يعرف به انه ذكراً أو أنثى	٢٣٢	فصل وأما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده
٣٢٨	فصل وأما حكم الخنثى المشكل	٢٣٣	كتاب الجنائيات
٣٣٠	كتاب الوصايا	٢٤١	فصل وأما كيفية وجوب القصاص فهو الخ
٣٣١	فصل وأما ركن الوصية	٢٤٢	فصل وأما بيان من يستحق القصاص
٣٣٣	فصل وأما بيان معنى الوصية	٢٤٣	فصل في بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه
٣٣٤	فصل وأما شرائط الركن	٢٤٥	فصل في بيان ما يستوفي به القصاص وكيفية الاستيفاء
٣٣٤	مطلب وأما الذي يرجع الى الموصى فانواع	٢٤٦	فصل وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه
٣٣٥	فصل وأما الذي يرجع الى الموصى له الخ	٢٥٢	مطلب في وجوب الدية والكلام فيها
٣٥٢	فصل وأما الذي يرجع الى الموصى به	٢٥٥	مطلب وأما بيان من تجب عليه الدية
٣٥٤	فصل في حكم وجود الموصى به عند موت الموصى	٢٥٦	مطلب وأما بيان كيفية وجوب الدية
٣٧٨	فصل وأما صفة هذا العقد فله صفتان الخ	٢٥٨	مطلب وأما بيان من تجب عليه ومن يتحملها
٣٨٥	فصل وأما بيان حكم الوصية فنوعان	٢٥٩	مطلب في بيان أحكام جنائية العبد على الحر
٣٩٤	فصل وأما بيان ما تبطل به الوصية	٢٦٣	مطلب في بيان ما يصير به المولى مختاراً للقاء وبيان صحة الاختيار
٣٩٤	كتاب القرض		
٣٩٤	فصل وأما شرائط فانواع		
٣٩٦	فصل وأما حكم القرض		

